

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PÚBLICO E O ESTADO: A DIALÉTICA DOS INTERESSES PÚBLICOS E DOS INTERESSES PRIVADOS NA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E NA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE JÜRGEN HABERMAS¹

ROGER MOKO YABIKU²

Desde a cisão entre Direito e Moral, metodologicamente proposta por Hans Kelsen, se diz que o que é legal nem sempre é moral. Como consequência as normas jurídicas muitas vezes se tornam distantes do mundo real e, freqüentemente, em vez de protegerem o cidadão, fustigam-no, em nome do “interesse público”, ou de algo que o valha. O ordenamento jurídico³, neste âmbito puramente normativo, é o mantenedor da ordem social, tal como ela se apresenta, um legitimador do “status quo”, daqueles que se apoderaram do aparato estatal para impor regras à maioria, sob um discurso de agir em seu nome, porém, na verdade, dando prosseguimento ao liberalismo econômico que deveria ser restringido em nome do liberalismo político. No segundo, o cidadão tem liberdade efetiva e igualdade eqüitativa de condições para fazer valer seus direitos, principalmente os de participação política. No primeiro, as “carreiras estão abertas a talentos” e a liberdade restringe-se praticamente a uma esfera de não intervenção do Estado sobre o indivíduo.

A Teoria da Justiça de John Rawls afirma que existem certos direitos inalienáveis ao cidadão, que não podem ser derogados nem mesmo em nome dos interesses públicos.⁴ Mas não se trata somente disso. Vislumbra igualmente um ordenamento jurídico regido por

¹ Artigo baseado em monografia homônima, apresentada como requisito para a obtenção de bacharelado em Direito da Faculdade de Direito de Sorocaba (Fadi).

² Mestre em Filosofia (Ética), pela PUC-Campinas. E-mail: ryabiku@terra.com.br.

³ Para fins deste estudo, utilizaremos os termos “ordem jurídica” e “ordenamento jurídico” como sinônimos.

⁴ Repetiremos este pensamento várias vezes ao longo desta monografia, por entendermos ser de vital importância para o entendimento da teoria de Rawls. Esperamos não nos tornarmos demasiadamente repetitivos.

princípios que vão, de fato, implementar a justiça social tão almejada nestes tempos de desigualdade gritante. Se uma das finalidades do Direito é a paz, segundo o próprio Kelsen, para evitar a violência, verificamos que hoje, somente isso não basta. Há de se levar em conta o mundo real e mecanismos de compensação para melhor distribuição de renda de modo a dirimir as desigualdades sociais e econômicas, que nada mais são que violências num plano sofisticado⁵. Como falar de justiça ou de Direito para quem apenas sobrevive? Diante do atual paradigma jurídico, não podemos. Tentaremos, no entanto, elucidar esta questão, adiante.

Mas o que é o Direito e o que é ordem jurídica? Para que servem, de onde surgem e qual as suas finalidades? Expomos um conceito que consideramos coerente, do renomado jurista Hely Lopes Meirelles, para fins deste estudo:

“O *Direito*, objetivamente considerado, é o conjunto de regras de conduta coativamente impostas pelo Estado. Na clássica conceituação de Ihering, é o complexo das condições existenciais da sociedade, asseguradas pelo Poder Público. Em última análise, o Direito se traduz em princípios de conduta social, tendentes a realizar *Justiça*.

Quando esses princípios são sustentados em afirmações teóricas formam a *Ciência Jurídica*, em cuja cúpula está a *Filosofia do Direito*; quando esses mesmos princípios são concretizados em norma jurídica, temos o Direito Positivo, expresso na *Legislação*. A sistematização desses princípios, em normas legais, constitui a *Ordem Jurídica*, ou seja, o sistema legal adotado para assegurar a existência do Estado e a coexistência pacífica dos indivíduos na comunidade.” (Meirelles, 2002, p. 35)

O conceito de Direito, exposto por Meirelles, representa grande parte do pensamento jurídico sobre o tema. Quer dizer, a sistematização dos princípios do Direito são positivados em normas jurídicas, cuja sistematização constitui um tipo de ordem social, a ordem jurídica. No entanto, tanto as considerações acerca da norma e do ordenamento jurídico limitam-se ao plano normativo, sem quase levar em conta a realidade social. Como pode, então, o Direito regular a vida das pessoas, se não leva em conta o mundo real, como ele realmente é, num plano ontológico? Por isso, igualmente importantes são a crítica e a proposta de reconstrução

⁵ Christian DELACAMPAGNE, *A filosofia política hoje*, p. 86-87.

do Direito Positivo, de Jürgen Habermas, que salientam a necessidade de maior equidade e correspondência entre o fato (faticidade) e a norma (validade):

“Essa tensão ideal retorna intensificada no nível do direito, mais precisamente na relação entre a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia de autolegislação – ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados – que resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis. Esta tensão na dimensão de validade do direito implica a organização do poder político, empregado para impor legitimamente o direito (e o emprego autoritativo do direito); poder político ao qual o direito deve a sua positividade. A idéia de Estado de direito constitui uma resposta ao desiderato da transformação jurídica pressuposta pelo próprio direito. No Estado de direito a prática da autolegislação dos cidadãos assume uma figura diferenciada institucionalmente. A idéia de Estado de direito coloca em movimento uma espiral de auto-aplicação do direito, a qual deve fazer valer a suposição internamente inevitável da autonomia política, contra a facticidade do poder não domesticado juridicamente, introduzida no direito a partir de fora. (...) E aqui se trata de uma relação externa entre facticidade e validade (percebida na perspectiva do sistema jurídico), uma tensão entre norma e realidade, que constitui um desafio para a elaboração normativa.”¹ (Habermas, 1997, vol. 1, p. 60-61)

A necessidade de um conceito de justiça pautado pela maior coerência com a realidade e com a distribuição de renda⁶ vem de encontro com as teorias de Rawls e Habermas. No primeiro autor, os direitos primordiais do ser humano são garantidos também de forma positiva pelo Estado e nada pode derogá-los, nem mesmo o bem-estar geral, tal como se apregoa nas doutrinas utilitaristas. De seus dois princípios da justiça⁷ emanam direta ou indiretamente os demais princípios do Direito Público que servirão de base para a construção de um Estado, garantido por um ordenamento jurídico, no qual a igualdade e a liberdade serão conjugadas com outro fator: a fraternidade (no nosso entender, justiça social, enfatizada pela distribuição de renda, ou participação na riqueza da nação, como o quer Eduardo Matarazzo

⁶ José Afonso da Silva entende que a Constituição Federal de 1988 ainda “agasalhou os postulados do liberalismo econômico, com intervenção estatal, mais garantia dele do que caminho para supera-lo”. (2001, p. 188) Será que há necessidade de outra Constituição de conteúdo mais socializante, ou de cumprimento dos preceitos da conhecida “Constituição Cidadã”? Não defenderemos reformas mais profundas, mas tão-somente uma análise, pois este trabalho não comporta um ensaio de tal magnitude, que poderá, porém, ser elaborado em outra oportunidade.

⁷ Os dois princípios da justiça, de Rawls, são: "Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos." (Rawls, 1997, p. 64)

Suplicy). Trata-se de uma integração entre os direitos individuais, ou liberais clássicos, e os direitos sociais, como defende o jurista José Afonso da Silva:

“Quanto mais precisos e eficazes se tornem os direitos econômicos, sociais e culturais, mais se inclina do liberalismo para o socialismo. Transforma-se a pauta de valores: o liberalismo exalta a *liberdade individual*, formalmente reconhecida, mas, em verdade, auferida por pequeno grupo dominante; o *socialismo* realça a *igualdade material* de todos como a única base sólida em que o efetivo e geral gozo dos direitos individuais de liberdade encontra respaldo seguro. A antítese inicial entre direitos individuais e direitos sociais tende a resolver-se numa síntese de autêntica garantia para a democracia, na medida em que os últimos forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia.” (Silva, 2001, p. 188)

Até que ponto a supremacia dos interesses públicos sobre os interesses privados justifica o sacrifício destes em face daqueles? Os direitos das minorias estariam em risco diante de um simples cálculo de custo-benefício? Sustentamos, neste trabalho, que não. Dentro de condições de normalidade⁸, existem direitos inalienáveis que não estão sujeitos a nada, nem em nome do bem-estar geral, nem à barganha política. Em nome dos interesses públicos, distorcendo princípios gerais do Direito, a massa pode ser manipulada, pois o ordenamento jurídico nada mais seria do que uma técnica de controle social (segundo os conceitos de Kelsen). Surpreendentemente, porém, do próprio Kelsen extraímos que existe uma zona de não interferência dos interesses públicos, que geralmente têm como titular o Estado, com relação aos interesses particulares. É o chamado mínimo de liberdade, que se aproxima com o que Rawls dizia sobre a inviolabilidade do indivíduo.

As normas jurídicas, portanto, num Estado contemporâneo têm a função primordial de reger essa relação do Estado, como pessoa, com as demais pessoas. Essa atuação pode ser declaratória ou assecuratória, no entender de José Afonso da Silva, citando Ruy Barbosa:

“Ruy Barbosa já dizia que uma coisa são os direitos fundamentais, outra as garantias, pois devemos separar, no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem *direitos*; estas, as *garantias*: ocorrendo não raro juntar-se na mesma

⁸ Ou situação de escassez moderada, como entende Rawls.

disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com declaração do direito.”
(Silva, 2001, p. 191)

Habermas faz uma crítica ao positivismo jurídico do tipo kelseniano e propõe a reconstrução do ordenamento jurídico a partir do princípio da universalidade (U), baseado no imperativo categórico de Kant, de modo que as normas sejam impostas não pela coerção, mas pelo entendimento. A única forma de coerção admitida seria o entendimento. Habermas entende que, nas sociedades modernas, as instituições primárias são substituídas por instituições jurídicas, tendo como consequência a substituição da ética pelo Direito, como instância reguladora da vida social.

Em ambos, o sujeito é um ser racional, que não escolheria algo que lhe prejudicasse. A racionalidade, porém, é suplantada, em Rawls, pela razoabilidade, um contexto em que os interesses públicos são delimitadores e preponderantes sobre os interesses individuais. A concepção de justiça deve ser considerada razoável, em vez de correta, segundo o *liberalismo político*, que não se preocupa em indicar quais são os julgamentos corretos. O liberalismo político tem no pluralismo razoável um pluralismo de doutrinas abrangentes, o que inclui também religiões e doutrinas laicas. Não se trata de um caleidoscópio de partes singulares congregadas aleatoriamente, mas sim do “*resultado natural das atividades da razão humana sob instituições livres e duradouras*”⁹, através de um *consenso por justaposição*.

Este texto é uma extensão de pesquisas acadêmicas que vêm sendo realizadas desde 2001, tendo como objeto e estudo as teorias contemporâneas da justiça, mais precisamente as de John Rawls¹⁰ e Jürgen Habermas. Os dois autores não se utilizam de paradigmas metafísicos, porém, “políticos”, no sentido de realmente alterarem a realidade, a partir do remodelamento do Direito. Habermas, herdeiro da teoria crítica (neomarxista) da Escola de

⁹ John RAWLS, *Liberalismo político*, p. 32.

¹⁰ Por isso, de certa forma, serão utilizadas passagens da nossa dissertação de mestrado *A justiça além do discurso jurídico: ensaio sobre o necontratualismo de John Rawls*, que adaptaremos para fins desta monografia.

Frankfurt, quebra os dogmas da ideologia autoritária pretensamente libertadora dos regimes ditatoriais de esquerda, sendo um defensor ferrenho da democracia, como um modelo de representação amplo, e não apenas de uma elite, seja de esquerda ou de direita. Rawls, por sua vez, provocou toda a polêmica e a celeuma que reativou a filosofia política como área do pensamento significativa na contemporaneidade. Partindo de pressupostos kantianos, deixando para escanteio a justiça teleológica, porém sem deixar de lado as virtudes cívicas, ele traça um novo esquema de sociedade, no qual o Estado não é mínimo, nem máximo, apenas o suficiente para a promoção de justiça social.

A partir destas duas teorias, então, pretende-se traçar um paralelo para definir ou compreender os princípios gerais do Direito Público sob seu prisma, procurando quebrar dogmatismos da rigidez da norma presente no Direito Positivo¹¹, fazendo com o que o Estado saiba administrar sem derrogar os interesses individuais em nome dos interesses públicos. Ou seja, que o Estado seja capaz de realizar justiça social, seja na formulação do Direito Positivo (processo legislativo), na sua aplicação (no âmbito administrativo) ou na solução de conflitos (processo judicial), realizando a dialética dos interesses públicos e dos interesses individuais, num novo tipo de contrato social em que ninguém fica de fora.

I - OS PRINCÍPIOS E A ORDEM JURÍDICA

1.1 Ordem e monopólio da força, uma questão de estabilidade

O Direito se desenrola dentro de uma ordem social específica, a ordem jurídica¹². A ordem social é um conjunto. A ordem jurídica, ou ordenamento jurídico, é constituída de

¹¹ Os romanos diziam “*Dura lex, sed lex*”.

¹² “Daí a presença de duas ordens jurídicas: a *interna* e a *internacional*; aquela é formada pelos princípios jurídicos vigentes em cada Estado; esta se mantém pelas regras superiores aceitas reciprocamente pelos Estados, para a coexistência pacífica das Nações entre si, e dos indivíduos que as compõem, em suas relações externas.” (Meirelles, 2002, p. 35-36) Para fins deste estudo, daremos maior enfoque à ordem jurídica interna, pois tratamos

princípios complementares e não-contraditórios, que servem de fundamento deontológico para todo um sistema normativo. Notavelmente, um dos teóricos que mais se destacaram nesta empreitada foi Hans Kelsen, porta-voz contumaz do positivismo jurídico. Em Kelsen, o Estado detém o monopólio estatal do uso da força (ou de dizer quem fará o uso da força), para evitar que haja o desmoronamento das relações sociais numa guerra de todos contra todos, se utilizarmos uma terminologia de Thomas Hobbes.¹³

No entanto, esse monopólio do uso da força pode ser utilizado não somente para o controle de certos tipos de comportamento, pela recompensa ou punição. E mais, pode ser uma forma de dominação daqueles que estão no exercício dos cargos políticos mais importantes, por meio da “manipulação do sistema e pela subversão pelos próprios agentes estatais, encarregados de aplicar o Direito no plano concreto. E por que não dizer: manutenção do ‘status quo’ principalmente pela proteção do instituto da propriedade privada?”¹⁴

Importante também é o conceito de ordem jurídica, formulado por Kelsen, nesta discussão sobre a ordem, a justiça e o Direito. O Direito, segundo Kelsen, é uma ordem constituída de um sistema de normas. Mas essas normas são encadeadas de forma que todas tenham um único fundamento de validade, que é a norma fundamental (*grundnorm*). Uma norma só será uma norma jurídica se pertencer a uma ordem jurídica, com sua validade determinada pela norma fundamental que dá razão a esta ordem, segundo uma hierarquia de relação comparativa verticalizante, tendo como ápice a Constituição.

De acordo com Kelsen, a ordem jurídica diferencia-se das demais ordens sociais por ser emanada diretamente do Estado e pelo seu caráter coativo. Ou seja, impõe-se – mesmo

das relações entre o Estado e os indivíduos, dentro do território onde exerce sua soberania. Nada impede, no entanto, que possamos dar prosseguimento a esta problemática em estudos posteriores a este.

¹³ Não nos alongamos mais sobre as considerações de Thomas Hobbes, porém, tal observação pode ser melhor apreciada em suas obras “De cive” e “The Leviathan”.

¹⁴ Roger Moko YABIKU, *A justiça além do discurso jurídico: ensaio sobre o neocontratualismo de John Rawls*, p. 153.

contra a vontade da pessoa que a infringe – por meio do exercício decisivo da força física (monopolizada pelo Estado): “(...) esse ato coativo tem o caráter de uma sanção e a conduta humana contra a qual ele é dirigido tem o caráter de uma conduta proibida, antijurídica, de um ato ilícito ou delito – quer dizer, é o contrário daquela conduta que deve ser considerada como prescrita ou conforme ao Direito, conduta através da qual será evitada a sanção.”¹⁵

1.1.1 A relatividade da paz no Direito

Kelsen entende que a paz, no Direito, não é absoluta. A paz é relativa, pois não é capaz de dissipar por completo o emprego da força. A violência, mediante autorização legal e procedimentos, é transformada num monopólio do aparato estatal legalmente autorizado (por competência ou atribuição) para o exercício da mesma. De acordo com Kelsen, portanto, trata-se de um monopólio da coação pela comunidade jurídica. Interessante é a idéia de Robert Nozick sobre o monopólio da força pelo Estado:

“O Estado reivindica o monopólio de decidir quem pode usar a força e quando; diz que só ele pode decidir quem pode usa-la e em que condições; reserva-se o direito exclusivo de transferir a outrem a legitimidade e permissibilidade de qualquer uso de força dentro de suas fronteiras; e arroga-se também o direito de punir todos os que violam seu reivindicado monopólio. O monopólio pode ser violado de duas maneiras: 1) uma pessoa pode usar a força, embora não autorizada pelo Estado a assim proceder ou, 2) embora em si mesmos não usem a força, um grupo ou pessoas podem se estabelecer como autoridade alternativa (e talvez mesmo alegar ser a única legítima) a fim de decidir quando e por quem o emprego da força é correto e legítimo.” (Nozick, 1991, p. 39)

Vemos então que, na formulação de Kelsen, o Estado detém o monopólio da violência, enquanto que, para Nozick, o Estado tem o monopólio de decidir quem fará uso da força. Há de se atentar, porém, que há uma esfera do indivíduo em que não se pode haver interferências

¹⁵ Hans KELSEN, *Teoria pura do Direito*, p. 37.

da esfera jurídica, de acordo com Kelsen. É o chamado mínimo de liberdade, “uma esfera da existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição”.¹⁶

Norberto Bobbio diz que um “ordenamento se torna jurídico quando se vêm formando regras pelo uso da força (passa-se da fase do uso indiscriminado à do uso limitado e controlado da força); mas não é igualmente lícito dizer, em consequência disso, que um ordenamento jurídico é um conjunto de regras para o exercício da força”.¹⁷ Isso significa que:

“As regras para o exercício da força são, num ordenamento jurídico, aquela parte das regras que serve para organizar a sanção e portanto para tornar mais eficazes as normas de conduta e o próprio ordenamento em sua totalidade. O objetivo de todo legislador não é organizar a força, mas *organizar a sociedade mediante a força*.” (Bobbio, 1999, p. 70, grifo do autor)

Interessante também notar a posição de Jürgen Habermas que relaciona a esfera de não interferência do Direito no indivíduo à divisão entre o Direito e a Moral:

“Ordenamentos jurídicos modernos são constituídos fundamentalmente de direitos subjetivos. Esses direitos reservam para sujeitos de direito. Esses direitos reservam para os sujeitos de direito espaços legais abertos para uma atuação que é orientada pelas respectivas preferências. Com isso desobrigam a pessoa, de uma forma claramente circunscrita, de mandamentos morais ou de prescrições de qualquer outro tipo. De qualquer modo, dentro dos limites estabelecidos pela Lei, ninguém é juridicamente obrigado a justificar publicamente suas ações. Com a introdução das liberdades subjetivas, o Direito moderno, à diferença de ordenamentos jurídicos tradicionais, promove a validade do princípio de Hobbes de que é permitido tudo o que não for explicitamente proibido. Com isso, Direito e Moral se dissociam. Enquanto a moral primeiramente nos diz qual é o nosso dever, da estrutura do Direito resulta um primado de autorizações. Enquanto direitos morais derivam de deveres recíprocos, as obrigações jurídicas derivam da limitação legal de liberdades subjetivas. Esse privilégio conceitual básico de direitos, em oposição a deveres, é explicado a partir das concepções modernas de sujeito de direito e de comunidade jurídica. O universo moral que, no espaço social e no tempo histórico, está, de certa forma, *sem limites*, abrange *todas* as pessoas *naturais* na sua complexidade biográfica. Em contraposição a isso, uma comunidade jurídica, que se localiza no respectivo espaço e tempo, protege a integridade dos seus membros, apenas à proporção que eles assumem a condição, artificialmente gerada, de *portadores de direitos subjetivos*.” (Habermas, 2003, p. 68, grifos do autor)

¹⁶ *Ibid.*, p. 48. No nosso entendimento, o “mínimo de liberdade” de Kelsen encontra-se aparado no Direito Positivo brasileiro no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no “caput” do artigo 5.º: “Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”

¹⁷ Norberto BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 69-70.

1.1.2 O princípio da legalidade e o exercício da força

O exercício da força pelo Estado é regido e aplicado segundo o Direito, mais especificamente sob permissão do princípio da legalidade, que “além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5.º, II, 37 e 84, IV, da Constituição Federal”.¹⁸ Porém, os particulares podem agir, de acordo com o previsto no artigo 5.º, II da Constituição Federal: “II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei.”

A partir do exposto, podemos dizer que o Estado só pode fazer o que estiver autorizado por Lei, enquanto os particulares podem fazer o que a Lei não lhes proibir. Qual o significado disso? Há uma restrição à conduta dos particulares que, contudo, tece, por meio das Leis, o próprio Direito. O Estado regulado e estruturado por Leis é uma proteção contra a arbitrariedade e a violação dos direitos dos particulares.

Daí, podemos conferir que surge também uma nítida noção de que o poder deve ser exercido segundo limites e que o titular de todo o poder é o povo¹⁹ e não o soberano, ou qualquer déspota que o faça parte. Nada mais é o que foi consagrado na Constituição Federal de 1988, artigo 1.º, parágrafo único: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Os ingleses singelamente diriam que há o império da Lei e não dos homens,²⁰ ou seja:

“O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações

¹⁸ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 85.

¹⁹ Interessante notar as posições de Jean-Jacques Rousseau e do abade Emmanuel Joseph Sieyès com relação ao povo. No século XVIII, havia uma tendência de se privilegiar a supremacia da razão, em vez da supremacia dos legisladores. A Lei era mais uma adequação dos supremos interesses da comunidade que da vontade daqueles que a elaboravam. Rousseau, em “O contrato social”, diz que o governo legítimo é o da vontade geral, que vigente pela participação dos cidadãos em suas decisões. Para Sieyès, a Nação atribui, a quem quiser, que pode falar em seu nome. “A posição de Rousseau é oposta à de Sieyès. Assim, na concepção de Rousseau, cada indivíduo é detentor de uma parcela de soberania. Na doutrina de Sieyès, nenhum indivíduo é detentor de qualquer parcela da soberania; a soberania pertence a todos, à comunidade, à Nação; ela é, por isso, indivisível.” (Ferreira Filho, 1999, p. 25)

²⁰ “The rule of law, not of men.”

caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito.

Instaura-se o princípio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do poder. Os governantes nada mais são, pois, que representantes da sociedade. (...) Além disto, é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na Lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de persegui-los, cabendo ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária.” (Bandeira de Mello, 2002, p. 83-84)

Deixemos de lado, por enquanto, as considerações tecidas por Celso Antônio Bandeira de Mello aos interesses públicos, definidos legalmente e constitucionalmente. Encaremos outro aspecto da restrição às liberdades dos particulares, por meio de Leis.

1.1.3 Liberdade é agir segundo as Leis

No entender de Miguel Reale, qualquer norma de Direito disciplinadora do comportamento humano contém em si dois aspectos diferentes: “se, por um lado, ela ordena a conduta, de outro, assegura uma possibilidade ou poder de agir”.²¹ O eminente jurista brasileiro, na verdade, segue o ensinamento de Immanuel Kant, para quem a liberdade seria agir segundo as Leis, compatibilizando a liberdade de uns com todos os demais, e vice-versa.²² Resvalamos, pois, a partir destes comentários, para concluir que o Direito possui funções sociais, pois está presente desde os atos mais simples às relações mais complexas da sociedade. O Direito como monopólio da força age decisivamente na composição de conflitos de interesses por uma questão de manutenção da ordem, ou de estabilidade do sistema, como explica Sérgio Cavalieri Filho:

“A composição jurídica é sempre feita mediante um critério elaborado e enunciado anteriormente, e aplicável a todos os casos que ocorrem a partir de então. São pois características do critério a anterioridade, a publicidade e a universalidade. (...)”

²¹ Miguel REALE, *Lições preliminares de Direito*, p. 63.

²² O princípio universal do Direito é definido por Kant como: “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.” (Kant, 2003, p. 76-77)

Em suma, para que a composição seja jurídica, tem que ser realizada através de um critério anteriormente estabelecido e perfeitamente enunciado para conhecimento de todos, que atenda à universalidade dos casos que se apresentarem dentro do mesmo tipo.

Concluindo, destacamos as duas funções que o Direito realiza na sociedade. A primeira é a de *prevenir conflitos*, que podem ocorrer tanto nas atividades de cooperação como nas de concorrência. Isto ele faz através do adequado disciplinamento das relações sociais. A segunda é a de *compor conflitos*, que acabam por ocorrer não obstante toda prevenção exercida pelo Direito, e isto ele faz através do critério jurídico.” (Cavaliere Filho, 2000, p. 18-19)

Pois bem. O Direito é uma ordem que cria a si própria e se auto-regulamenta. É um circuito praticamente fechado, em que a norma é decisiva na maneira como conduzimos nossas vidas, perante às formalidades exigidas pelo Estado, o titular do exercício dos interesses públicos, como veremos adiante. Mas uma ordem de tão maneira fechada não entra em conflito com a realidade tal como ela se apresenta? Sim, sustentamos esta tese e tentaremos comprova-la nas páginas seguintes.

1.2 Constituição, Lei e ordem: um circuito fechado em si mesmo?

Novamente, tomemos Hans Kelsen como ponto de partida para nossas discussões. O que é a ordem jurídica? Para o festejado papa do positivismo jurídico, “as normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana”.²³ O Direito, pois, é uma ordem da conduta humana, obviamente, podemos dizer contemporaneamente. Afinal, os seres humanos são sujeitos de Direito (titulares de direitos e obrigações), caso contrário seriam coisas, objetos de Direito.²⁴ Retomemos o assunto. Tal ordem jurídica não é produzida de qualquer jeito, de modo artesanal, como uma obra de arte original. Como numa linha de montagem, Kelsen propõe que as normas jurídicas sejam produzidas, como se fossem em “série”, de modo que tenham uma origem definida, por um processo igualmente definido, de modo que formem um sistema uno e harmonioso.

²³ Hans KELSEN, *Teoria pura do Direito*, p. 33.

²⁴ As coisas e os animais (bens semoventes) são objetos de Direito. Em épocas nefastas da história humana, os escravos não eram sujeitos de Direito, mas objetos de Direito, quer dizer, podiam ser disponibilizados como coisas.

Neste intento, Kelsen elimina a metafísica, as especulações a respeito do fim último da justiça. Para ele, pois, a justiça dos Estados contemporâneos é a justiça produzida sob o Direito, e por ele regrada. Não raramente, percebemos que um fato pode ser pela Lei considerado correto, embora nos deixemos invadir pelo sentimento de injustiça, e vice-versa. O Direito, em sua concepção pura, diz o que é válido e inválido diante de si, a partir de um sistema de normas que está orientado pela norma fundamental, a Constituição.²⁵ Aparenta ser um esquema binário de avaliação daquilo que é “certo” e do que é “errado” – conforme o que diz o Direito e não o que se constata na realidade – para dar maior fluidez ao sistema de produção jurídica (criação, execução ou aplicação das normas). O “certo” e o “errado” são concebidos segundo uma orientação técnico-jurídica, que praticamente, seguem as considerações de validade ou invalidade perante os processos considerados pela ordem jurídica, e não necessariamente conforme os sentimentos morais, de justiça. Herbert L. A. Hart esclarece: “Podemos dizer que um critério de validade jurídica, ou fonte de Direito, é supremo, se as regras identificadas por referência a ele forem ainda reconhecidas como regras do sistema, mesmo que elas estejam em conflito com regras identificadas por referência a outros critérios, ao passo que as regras identificadas por referência a estes últimos não são

²⁵ Apesar de ser uma nota longa, cremos ser importante expor por completo a definição de José Afonso da Silva (2000, p. 67) do conceito de Constituição, que desenvolve um raciocínio que vai do aspecto mais simples (de organismo, por assim se dizer) ao de Lei Magna de um Estado: “A palavra *Constituição* tem vários significados, tais como: a-) ‘conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos’; b-) ‘temperamento, compleição do corpo humano: uma *constituição* psicológica explosiva, uma *constituição* robusta’; c-) ‘organização, formação de alguma coisa: a *constituição* de uma assembleia, a *constituição* de uma comissão’; d-) ‘o ato de estabelecer juridicamente: a *constituição* do dote, de renda, de uma sociedade anônima’; e-) ‘conjunto de normas que compõem uma instituição: a *constituição* da propriedade, ou seja, a institucionalização da propriedade’; f-) ‘a Lei fundamental de um Estado: a Constituição Federal do Brasil, a Constituição dos Estados Unidos, a Constituição da França, a Constituição da Itália, etc.’.

Todos esses significados, como se vê, exprimem uma idéia geral comum, porque se referem ao *modo de ser de alguma coisa, o modo como alguma coisa ou entidade é formada e organizada, a organização interna dos seres, das entidades e das instituições*.

É nesse sentido que se diz que *todo Estado* (país) *tem Constituição*, que é o simples *modo de ser da Nação Organizada em Estado*. Mas hoje, quando se fala em *Constituição do Estado*, está se referindo ao *modo como o Estado é juridicamente organizado*. Assim, é que se diz que a *Constituição* é a Lei Fundamental, a *Lei maior*, de uma *Nação organizada em Estado*.” (grifos do autor)

reconhecidas como tal, se estiverem em conflito com regras identificadas por referência ao critério supremo.”²⁶

Daí a importância da teoria de John Rawls sobre a justiça.²⁷ Em “A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt”, Celso Lafer diz que por uma questão prática, deixou-se de definir o que é o Direito por critérios de conteúdo, definindo-o mais pela forma, devido às mudanças contínuas do Direito Positivo, por meio da legislação. A teoria de John Rawls, distante da frieza do modelo jurídico de Hans Kelsen, vem em auxílio da realidade, propondo meios de solver seus problemas. Em vez de meramente ditar uma justiça segundo o Direito, num esquema binário de “válido” ou “inválido”, John Rawls vai além da mera legalidade:

“Com efeito, os dois princípios básicos de Rawls (...) buscam estabelecer, nas estruturas da sociedade, um equilíbrio apropriado entre pretensões opostas, através da eliminação das distorções arbitrárias e das desigualdades dos pontos de partida. Neste sentido, para Rawls o respeito às regras do jogo, característico da legitimidade racional-legal, vai além da legitimação pelo procedimento e da justiça como legalidade, pois tudo se vê continuamente submetido ao escrutínio material da fairness (equidade).” (Lafer, 1988, p. 73)

1.2.1 Lei como referencial de objetividade: o ‘ser’ e o ‘dever ser’

A “frieza” da teoria de Kelsen, por outro lado, procura deixar de lado o “subjetivismo” ao máximo, em prol da objetividade. De acordo com ele, aliás, a Lei seria um referencial de objetividade. Nisso, concordamos, porém, o referencial não pode ter como método interpretativo o das ciências exatas, pois a realidade social não é uma equação. Vejamos, pois o que Kelsen tem a dizer sobre a validade e a invalidade, e a sua relação com o “ser” (*sein*) e o “dever ser” (*sollen*):

²⁶ Herbert L. A. HART, *O conceito de Direito*, p. 117.

²⁷ Exploraremos a obra de John Rawls no Capítulo II desta monografia com maior propriedade. No momento, nos limitamos a contextualizar sucintamente a relevância do autor na crítica ao Direito Positivo aos moldes kelsenianos.

“Quando admitimos a verdade de um enunciado sobre a realidade é porque o enunciado corresponde à realidade, é porque nossa experiência o confirma. O enunciado ‘um corpo físico dilata-se quando aquecido’ é verdadeiro porque nós observamos, repetidamente e sem exceções, que os corpos físicos se dilatam quando aquecidos. A norma não é um enunciado sobre a realidade e, portanto, não tem como ser ‘verdadeira’ ou ‘falsa’ no sentido explicitado acima. Uma norma é válida ou não válida. (...) O fundamento para a validade de uma norma não é, como o teste de veracidade de um enunciado de ‘ser’, a sua conformidade à realidade. Como já dissemos, uma norma não é válida por ser eficaz. (...) O verdadeiro fundamento são normas pressupostas, pressupostas porque tidas como certas. (...) O fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato. A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se não à realidade, mas a outra norma da qual é derivável (...).” (Kelsen, 2000, p. 161-162)

Desta declaração podemos aferir que uma norma possui, ao mesmo tempo, um princípio estático e um princípio dinâmico. Quer dizer, num sistema de normas, o fundamento de validade e o conteúdo de validade, evidenciado por meio de uma operação lógica, são deduzidos de uma norma, considerada como fundamental, dentro de uma ordem de normas. Com relação ao princípio dinâmico, podemos dizer que a norma fundamental pressuposta não possui conteúdo. A ela atribui-se o poder de ser uma instituição de um fato produtor de normas, uma atividade legisladora, que “determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental”.²⁸

Não nos alonguemos pois nestes detalhes, cujos pormenores não nos são interessantes, neste trabalho. O que nos interessa, por enquanto, é dizer que um sistema de normas, que se organiza e se apresenta como uma ordem jurídica, possui caráter dinâmico. Não é um certo conteúdo o elemento decisivo para determinar a validade de uma norma jurídica. Antes de o seu conteúdo ser deduzido – pela lógica, de uma norma fundamental – uma norma jurídica é produzida segundo uma forma fixada pela norma fundamental pressuposta.²⁹ Em outras palavras, qualquer conteúdo de norma pode ser Direito, desde que ela seja elaborada em conformidade com a norma fundamental. E qualquer conduta humana pode ser objeto de conteúdo de uma norma jurídica.

²⁸ Hans KELSEN, *Teoria pura do Direito*, p. 219.

²⁹ *Ibid.*, p. 221.

Não se trata, então, de a norma fundamental ser uma norma material.³⁰ Kelsen explica que as normas jurídicas são elaboradas por um ato especial. Elas são postas, ou seja, são elementos de uma ordem positiva, a qual se origina de uma norma fundamental, que serve de ponto de partida de um processo, o de criação do Direito Positivo. Essa norma é dotada de um poder *sui generis* perante as demais.

Não é posta pelo costume ou por um ato de um órgão estatal. É uma norma pressuposta, no sentido de que é constituinte, ou seja, inova originariamente, e, por isso, tem uma autoridade acima das demais. É outorgada pelo Poder Constituinte, que repousa no povo. Para José Afonso da Silva, “*Poder Constituinte* é o poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição. É a mais alta expressão do poder político, porque é aquela *energia* capaz de organizar política e juridicamente a Nação”.³¹

1.2.2 O Poder Constituinte, Nação e Povo

A doutrina do Poder Constituinte foi concebida pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), em sua famosa obra “O que é o terceiro Estado?”³² Basicamente, Sieyès entende que todo Estado tem uma Constituição. “Essa Constituição, entretanto – e aqui entra o *pacto* -, é obra de um Poder Constituinte, que é anterior à Constituição, precede necessária e logicamente, a obra que é a Constituição. O Poder Constituinte, portanto, gera os Poderes do Estado, os poderes constituídos, e é superior a estes.”³³

O abade Sieyès distingue o Poder Constituinte do poder constituído, a saber: “O Poder Constituinte estabelece a Constituição; estabelecendo-a cria poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Esses poderes são, pois, constituídos por um Poder

³⁰ “Não matarás”, por exemplo.

³¹ José Afonso da SILVA, *Poder constituinte e poder político (estudos sobre a constituição)*, p. 66.

³² Do original em francês: “*Qu’ est-ce que lê tiers État?*”

³³ Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, p. 11-12.

Constituinte, que é distinto daqueles, anterior a eles e fonte da autoridade deles.”³⁴ Então, para Sieyès, como podemos aferir, o titular do Poder Constituinte é a Nação. Para o abade, Nação seria diferente de povo. Este último seria o conjunto de indivíduos reunidos e sujeitos a um poder, algo equivalente ao que hoje conhecemos como “massa”.

Nação, por outro lado, seria a “encarnação de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes, interesses que eventualmente não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinado instante”.³⁵ Já em Sieyès podemos verificar uma noção de interesses públicos, encarnados na coletividade, que teria o escopo de Nação. A Nação representaria os interesses contínuos, enquanto o povo, os interesses dos indivíduos num dado momento.³⁶

O povo, se interpretarmos Sieyès, não teria consciência crítica. Ou seja, seria capaz de pôr em risco a própria existência da comunidade, em prol de interesses isolados e peremptórios, sem maiores compromissos senão com o prazer imediato. O instrumento mais adequado para compreender os interesses públicos e permanentes da Nação seria a Lei, emanada do Poder Legislativo, constituído por representantes da mesma:

“O povo, por exemplo, para gozar de um maior bem-estar, pode sacrificar os interesses de gerações futuras, pode sacrificar os interesses permanentes da comunidade. Um exemplo mais concreto que poderia ser dado seria o de um povo que não enfrentasse uma agressão estrangeira, para não correr todos os riscos e óbices que isso suscita, para não sofrer as conseqüências de uma guerra. Mas, fazendo isso, esse povo está, ao mesmo tempo, sacrificando a sobrevivência da comunidade, está aceitando o desaparecimento dela. Assim, para atender aos seus interesses, esse povo está sacrificando os interesses da comunidade como algo permanente. Essa idéia de Sieyès, de que no Estado o supremo poder pertence à comunidade encarada na sua permanência, e não encarada nas suas unidades componentes num determinado momento, se liga de perto com outra idéia – a de representação – que está exatamente na raiz de todo o desenvolvimento em torno do Poder Legislativo.” (Ferreira Filho, 1999, p. 23-24)

³⁴ *Ibid.*, p. 12.

³⁵ *Ibid.*, p. 23.

³⁶ “Ora, Sieyès usa o conceito *Nação* não no sentido sociológico, mas como equivalente ao Terceiro Estado, ou seja, como um conjunto dos indivíduos que pertence à ordem comum. Nação é um ‘corpo de associados vivendo sob uma lei comum’ e o ‘Terceiro abrange, pois, todos que pertencem à Nação, e quem não é Terceiro não pode ter-se como sendo da Nação.” (Silva, 1999, p. 83-84)

Como podemos testemunhar, a titularidade do Poder Constituinte – ao final do século XX e começo do século XXI – repousa, majoritariamente nos Estados, no povo. Nas ditas democracias ocidentais, os cidadãos são o povo, a estes a Constituição confere direitos políticos, se levarmos em conta uma caracterização jurídica. Mesmo assim, encontramos dificuldades em abranger todas as pessoas dentro de um território sob o manto soberano, em questão de direitos, de um Estado. Em outras palavras, a titularidade dos interesses públicos não é tão pública assim: “Mas essa afirmação tem que ser associada à idéia de que a participação política não é atribuída a todos nesses Estados. No Brasil, por exemplo, dela estão excluídos os analfabetos, o que na verdade importa praticamente na exclusão de metade da população brasileira, em condições pela idade, da participação desse processo político.”³⁷

1.2.3 Norma fundamental e Poder Constituinte Originário

A norma fundamental representa o Poder Constituinte Originário³⁸ e não o recebe de uma outra instância superior. “Portanto, se existem normas constitucionais, deve existir o poder normativo do qual elas se derivam: esse poder é o Poder Constituinte. O Poder Constituinte é o poder último, ou, se quisermos, supremo, originário, num ordenamento jurídico.”³⁹ A norma fundamental é, portanto, anterior às normas constitucionais. Melhor explicando:

“Dado o Poder Constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao Poder Constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa norma é a norma fundamental. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo se considere do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dele nasce. Pode ser formulada da seguinte maneira: ‘O Poder Constituinte está autorizado a estabelecer normas obrigatórias para toda a coletividade’, ou:

³⁷ Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, p. 31.

³⁸ Apoiamo-nos na lição de Norberto Bobbio (1999, p. 59), o qual versa que a norma fundamental só pode ser aquela que “impõe obedecer o Poder Originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciárias, etc”.

³⁹ Norberto BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 58.

‘A coletividade é obrigada a obedecer às normas estabelecidas pelo Poder Constituinte’.”
(Bobbio, 1999, p. 58-59)

Salienta Norberto Bobbio que a norma fundamental é pressuposta, como fundamento do sistema normativo. Ir além desta norma fundamental e última seria inútil. Talvez, como podemos interpretar de Bobbio, em vez de buscar a origem da norma fundamental, é compreender a sua função. Oras. O poder jurídico deriva de uma norma jurídica. E o Poder Constituinte só será um poder jurídico se o primeiro for considerado como produto de uma norma jurídica, assevera Bobbio.

Importante notar que o Poder Constituinte Originário inova a ordem jurídica. Em outras palavras, cria uma ordem jurídica. É, pois, ilimitado e incondicionado. Só se pode falar em legalidade depois do surgimento do Direito, a partir da Constituição, a gênese da ordem jurídica positiva, conforme preceitua Paloma Santana Modesto.⁴⁰

Se o Poder Constituinte Originário não tem limites, nem condições, pois repousa numa condição histórica do povo, seu titular, vale a pena salientar um ponto. Depois de constituído, o Estado passa a ser o titular do exercício da soberania⁴¹, que é limitada e condicionada. Veremos no próximo tópico a definição de Estado, tal como o seu papel como titular de interesses públicos, numa ordem jurídica soberana.

1.3 Os princípios, os limites da ordem e o Estado

Recapitulando. A norma fundamental funda, ou legitima, um Poder Constituinte Originário, que inaugura a ordem jurídica calcada numa Constituição. Se é uma ordem, não

⁴⁰ Paloma Santana MODESTO, Poder constituinte originário, in: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, p. 29.

⁴¹ Cremos ser suficiente conceituarmos soberania como: “(...) a soberania continua a ser concebida de duas maneiras distintas: como sinônimo de *independência*, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de *poder jurídico mais alto*, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica...” (Dallari, 2000, p. 84, grifos do autor)

pode haver contradição, então, o ordenamento jurídico deve ser uníssono. Entretanto, verificamos no cotidiano que pode haver conflitos de Leis. É um paradoxo? Em termos. Aí, que entram em cena os princípios que compõem uma ordem jurídica. Tratam-se de normas superiores, e como tais, dispõem-se de forma harmoniosa. Com relação às Leis conflituosas, podemos dizer que esta é uma situação de problemas de linguagem, de expressão equivocada do legislador.

Os princípios fazem parte do ordenamento jurídico. São por causa deles que a ordem jurídica é um sistema que possui um encadeamento lógico, harmonioso e racional. Não se tratam os princípios de meros enunciados científicos, mas de verdadeiras normas jurídicas, sendo, pois, aplicáveis na solução de problemas jurídicos da vida real, explica Carlos Ari Sunfeld⁴²:

“O princípio jurídico é a norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas. (...) Por isso, conhecer os princípios do Direito é condição essencial para aplicá-lo corretamente. Aquele que só conhece as regras ignora a parcela mais importante do Direito – justamente a que faz delas um todo coerente lógico e ordenado. Logo, aplica o Direito pela metade. Em outras palavras: aplicar as regras desconsiderando os princípios é como não crer em Deus mas preservar a fé em Nossa Senhora!” (Sunfeld, 2000, p. 146-147)

Para Sunfeld, no ordenamento jurídico do Direito Público brasileiro, os princípios são: “a-) autoridade pública; b-) submissão do Estado à ordem jurídica; c-) função; d-) igualdade dos particulares perante o Estado; e-) devido processo; f-) publicidade; g-) responsabilidade objetiva; igualdade de pessoas políticas”.⁴³

Para fins deste estudo, ressaltaremos o princípio da autoridade pública e o princípio da submissão do Estado à ordem jurídica, nos quais cremos estar a principal tensão entre os interesses públicos e os interesses privados. Em Celso Antônio Bandeira de Mello, ademais,

⁴² Carlos Ari SUNDFELD, *Fundamentos de direito público*, p. 145.

⁴³ *Ibid.*, p. 153.

veremos que em vez de princípio da autoridade pública, o termo utilizado é princípio da supremacia dos interesses públicos.

1.3.1 A titularidade dos interesses públicos

Como já se pode alentar, desde o início desta monografia, os interesses públicos possuem supremacia sobre os interesses privados. Esta é um dos princípios base do Direito Público, em praticamente todos os ordenamentos jurídicos. Porém, até que ponto se justifica e até onde pode ir a interferência do Estado, em nome da coletividade, na vida individual, implementando uma ditadura da maioria? Salientamos que existem direitos que são invioláveis que não podem ser derogados nem mesmo em nome do bem-estar geral, apregoa John Rawls. Mas o que é o público e o que é o privado? Apresentamos uma perspectiva e uma conceituação jurídicas. O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, ao diferenciar Direito Público de Direito Privado, evidencia a autonomia da vontade como regente do segundo e a função de atender os interesses públicos do primeiro. O titular dos interesses públicos é o Estado:

“O Direito é um conjunto de normas – princípios e regras – dotadas de coercibilidade, que disciplinam a vida social. (...) o Direito Público se ocupa dos interesses da Sociedade como um todo, interesses públicos, cujo atendimento não é um problema pessoal de quem os esteja a curar, mas um dever jurídico inescusável. Assim não há espaço para a autonomia da vontade, que é substituída pela idéia de *função*, de dever de atendimento do interesse público.

É o Estado quem, por definição, juridicamente encarna os interesses públicos.”
(Bandeira de Mello, 2002, p. 25)

E o que seria o Estado, titular dos interesses públicos? Dalmo de Abreu Dallari responde a esta pergunta, de maneira brilhante, em “Elementos de teoria geral do Estado”, cuja citação não poderia passar despercebida neste estudo:

“Em face de todas as razões até aqui expostas, e tendo em conta a possibilidade e a conveniência de se acentuar o componente jurídico do Estado, sem perder de vista a

presença necessária dos fatores não-jurídicos, parece-nos que se poderá conceituar o Estado como a *ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*. Nesse conceito se acham presentes os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como a característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação desde a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente a menção a determinado território.” (Dallari, 2000, p. 118)

1.3.2 A autoridade: supremacia dos interesses públicos

O Estado não é um fim em si mesmo, é um meio para a concretização dos interesses públicos. Porém, este mesmo Estado, titular dos interesses públicos, tem sua autoridade limitada, visando o controle do exercício do poder, protegendo as pessoas sob seu *imperium*. Pois de nada adianta a autoridade suprema se não há liberdade. Há de se conjugar, portanto, autoridade com liberdade. Notemos, entretanto, que os interesses públicos – aqueles que os indivíduos isolados não podem alcançar – possuem preferência sobre os interesses privados, quando se confrontam. Esse poder de autoridade do Estado, segundo Carlos Ari Sunfeld, pode manifestar-se de duas maneiras: “a-) impondo unilateralmente comportamentos aos particulares; b-) atribuindo direitos aos particulares, através do vínculo não-obrigacional.”⁴⁴

Carlos Ari Sunfeld entende que não há supremacia dos interesses públicos sobre os interesses privados, há somente prioridade do primeiro quanto ao segundo: “Supremacia é a qualidade do que está acima de tudo. O interesse público não está acima da ordem jurídica; ao contrário, é esta que o define e protege como tal. Ademais o interesse público não arras nem desconhece o privado, tanto que o Estado, necessitando de um imóvel particular para realizar o interesse público, não o confisca simplesmente, mas o desapropria, pagando indenização (o que significa haver proteção jurídica do interesse do proprietário, mesmo quando conflitante com o do Estado).”⁴⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, entende que a superioridade do interesse público sobre o privado é “pressuposto de uma ordem social estável”, tendo como conseqüências: “a-) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar

⁴⁴ *Ibid*, 155.

pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b-) posição de supremacia do órgão nas mesmas condições.”⁴⁶

Verificamos porém que desta relação privilegiada podem ocorrer algumas distorções que podem prejudicar umas pessoas em detrimento de outras. Na teoria do Direito, tudo é perfeito, pois se trata de uma realidade formal, com um comprometimento formal com a realidade. É certo que, conforme exposto, o Estado é regido por normas de Direito Público que lhe limitam a atuação para que não cometa arbitrariedades contra os particulares e que os submetam, todos, a uma posição de igualdade perante sua autoridade. Sabemos, porém, que há possibilidade de se tomar o Estado e impor interesses outros, que não são públicos, mas impostos como se o fossem, de modo a controlar a sociedade, ou mesmo fustigar vozes discordantes, o que é uma verdadeira supressão das liberdades e direitos fundamentais do ser humano. Contra esse tipo de manipulação da ordem jurídica, insurge-se Jürgen Habermas, o maior expoente atual da Escola de Frankfurt.

II - HABERMAS E A DIMENSÃO ÉTICA DO DIREITO

2.1 Herdeiro da Escola de Frankfurt: crítica ao positivismo

Um dos mais influentes pensadores da contemporaneidade, Jürgen Habermas nasceu em 1929, na cidade de Dusseldorf, na Alemanha. Fez seus estudos em Gottinger, Zurique e Bonn. Após seu doutorado em Marburgo, lecionou filosofia em Heidelberg e, posteriormente, filosofia e sociologia em Frankfurt. De 1971 a 1980 foi diretor do Instituto Max Planck, em Estamberg. Talvez uma das mais importantes passagens da sua carreira foi como auxiliar de

⁴⁵ Carlos Ari SUNDFELD, *Fundamentos de Direito Público*, p. 154.

⁴⁶ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 41.

Theodor Adorno, de 1954 a 1959, o que praticamente lhe legou o título de herdeiro da Escola de Frankfurt, como crítico do positivismo e do cientificismo.

Habermas faz parte da chamada Escola de Frankfurt⁴⁷, um grupo de estudiosos famosos pelo desenvolvimento da chamada “Teoria Crítica” da sociedade, a partir de um novo olhar do viés marxista por meio de leituras freudianas, entre outras, identificando as novas “patologias” surgidas no seio do mundo pós-industrial atravancado pelos revolução das tecnologias da informação. Trata-se de um marxismo em ruptura com a ortodoxia, cujos mentores – muitos deles exilados nos Estados Unidos – buscavam explicações para as profundas transformações ocorridas na década de 1940, das quais se tira uma conclusão de que os meios de comunicação, outrora vistos como benignos à democracia, podem se converter em instrumentos de dominação e condução do poder.

A instituição surgiu ainda na República de Weimar e foi caracterizada por ser a primeira instituição alemã de cunho declaradamente marxista. Suas origens remontam ao filósofo Marx Horkheimer e ao economista Friedrich Pollock, que erigiram o Instituto de Pesquisa Social (em alemão Institut für sozialforschung), vinculado à Universidade de Frankfurt.

2.1.1 Marxismo em ruptura com a ortodoxia

Seus pensadores, caracterizados por um profundo pessimismo com relação à modernidade, tiveram como marco histórico a obra “Dialética do Iluminismo”, de Max Horkheimer e Theodor W. Adorno, nos idos de 1940, em seu exílio nos Estados Unidos. Já na abertura do livro, criticam arduamente o papel da ciência ocidental, calcada nos avanços científicos, que relegou para um patamar inferior a cultura teórica – em franco estado de

⁴⁷ Maiores informações históricas sobre a Escola de Frankfurt podem ser obtidas diretamente no site do *Institut für Socialforschung an der Johann Wolfgang Goethe – Universität*. (Cf. FRIEDEBURG, Ludwig v. *The Institute of Social Research*, 1999, URL: http://www.rz.uni-frankfurt.de/ifs/pge/eng/03geschichte/e_geschichte_lvf.html).

decadência. Nos seus apontamentos, o pensamento se degenera em mercadoria e a linguagem é algo que lhe serve de referência, pura e simplesmente.

Em 1968, com “Ciência e técnica como ideologia”, Habermas acentua sua crítica ao positivismo e a técnica, ao dispor de uma série de questionamentos com relação as possibilidades de convivência nas sociedades industriais e a democracia.

Ao tentar resolver as aporias dos seus predecessores, Habermas, de certa forma, inova na teoria crítica e rompe com o pessimismo, ao aderir à chamada “virada lingüística”, seguindo as idéias de Karl-Otto Apel, entre outros. Seus estudos encaminham-se para a elaboração daquilo que ele denominou de “Teoria da ação comunicativa”, publicada em dois volumes em 1982, como contribuição à ética discursiva, que, posteriormente, além de repercutir na filosofia moral, na filosofia da linguagem, ganhou certa relevância na filosofia do Direito, principalmente, na crítica ao Direito Positivo.

2.1.2 Uma abertura à possibilidade de diálogo

Este texto tenta, de maneira sucinta, demonstrar a influência das teorias de Habermas na discussão contemporânea sobre o papel do Direito nas sociedades e de como o agir comunicativo se processa na sua formação, por meio da “comunidade ideal de falantes”, demonstrando que o positivismo jurídico ao ater-se rigidamente à norma torna-se uma instância autoritária, fechada a contra-argumentações, desfalecendo todo o rol democrático rumo ao “entendimento”. Porém, também se levantam outros aspectos da extrema idealização proposta por Habermas, tais como o fato de a comunidade ideal de falantes ser demasiadamente utópica e o anseio de solidariedade – típico do agir comunicativo, que rejeita a coação – ser um passo muito além do atual estágio da humanidade, que necessita, por outro lado, do poder coercitivo do Estado, regulado pelo Direito, na resolução de conflitos, em situações em que não há mais possibilidade de diálogo.

A linguagem, como apregoa J. Xavier Herrero, é um “*médium* constitutivo de todo sentido e validade” que, ao se tornar objeto de estudos mais detalhados, deu vazão a três grandes núcleos de investigação: “(...) a sintática, que investiga a relação dos sinais lingüísticos entre si; a semântica, que se ocupa com a relação dos sinais com o significado, isto é a dimensão referencial com os objetos significados; e a pragmática, que explicita a relação dos sinais com os sujeitos e com o uso que estes fazem dos sinais e das proposições”.⁴⁸

Afere-se, então, que o alicerce da comunicação e de qualquer tipo de conhecimento está no entendimento sobre algo. Em outras palavras, numa língua natural, a primeira coisa a ser averiguada é que haja igual (ou muito semelhante) identidade daquilo que se quer comunicar para todos os membros de uma comunidade comunicativa. Os significados dos sinais veiculados pela linguagem, ao disporem de certa coincidência entre os “falantes”, dão margem à dimensão intersubjetiva, que faz com que os inseridos no “mundo da vida” tenham noção de um plano comunitariamente compartilhado. Caso contrário, qualquer possibilidade de entendimento estaria fora de cogitação.

2.2 Razão instrumental e as relações meio-fim

A razão comunicativa é o ponto-chave que proporciona aos homens uma reação à intrusão das ciências modernas na vida humana, que globaliza e prioriza a razão instrumental, com roupagem “técnico-científica”, pelo planeta. Este perigo contra a humanidade, calcada num projeto de domínio da natureza, requer igualmente uma resposta enquadrada no universalismo. Todos os homens têm de assumir sua responsabilidade moral, solidariamente, em todos os lugares, para mobilizar ações coletivas: a ética discursiva como um clamor rumo a uma macroética nos moldes kantianos.

⁴⁸ F. Javier HERRERO, Ética discursiva, in: *Correntes fundamentais da ética contemporânea*, p. 166.

A dominação da “teoria da ciência” e o seu império determinam a exclusão do ético, já que a “validação intersubjetiva de argumentos (...) limita-se ao campo das ciências formais, lógico-matemáticas, e ao campo das ciências factuais, as empírico-analíticas, da realidade”.⁴⁹ Declarado este monopólio do campo do saber objetivo, com validade intersubjetiva, as normas morais estão fora de qualquer consideração. As únicas com pretensão de validade, neste aspecto, são aquelas deduzidas de fatos observáveis.

2.2.1 Práxis solidária e planejada

Karl-Otto Apel prega uma práxis solidária e planejada, sinal de humanização da vida humana. Quer dizer, uma maneira de recuperar os homens do dogmatismo técnico-instrumental. Habermas ressalta a linguagem como algo que tem imanente a si um potencial de criticidade indutor à integração social (compreensão lingüística), que, no entanto, é substituído pelos valores instrumentais. A ética é substituída pelo Direito positivo, o possibilitador das relações de troca e poder.

2.2.2 A dimensão do ético em Habermas

Para Habermas, baseado em P. F. Strawson, diz que a filosofia deve procurar a dimensão do ético na vida humana. Conforme o segundo, um dos referenciais para esta tarefa é a recuperação da interatividade da relação de sujeitos capazes de falarem e agir, responsáveis pelos seus atos e conseqüências, mediante “compromissos” válidos para todos. Se o ético converge na interação, avança sobre os particularismos, porque “diz respeito a um espaço de possível reconhecimento recíproco entre sujeitos de igual dignidade”.⁵⁰ E a norma moral só o pode assim ser caso seja válida universalmente, cuja fundamentação pode ser compreendida nos seguintes termos:

⁴⁹ Manfredo A. de OLIVEIRA. *Ética e racionalidade moderna*, p. 11.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 19.

“Dever fazer algo significa ter fundamento para sua ação. Normas éticas perdem toda a autoridade sem um conteúdo cognitivo, se não se puder mostrar que possuem razão de ser. Portanto, qualquer reflexão sobre o ético implica que levemos em consideração essa rede de sentimentos éticos que perpassa a práxis comunicativa da cotidianidade dos homens. Certamente, diz Habermas, esses sentimentos éticos têm para a legitimação moral de normas de ação papel semelhante ao da percepção da explicitação teórica de fatos. Toulmin estabelece um paralelo entre percepções e sentimentos: opiniões e sentimentos funcionam no cotidiano como mediadores não-problematizados de interações. Quando tais proferimentos esbarram em contradições, a pretensão de validade a eles vinculada entra em crise: passa-se então a uma avaliação crítica da pretensão de validade (...) um argumento ético refere-se à rede de sentimentos morais de modo análogo como um argumento teórico relaciona-se com a corrente de percepções. Assim, se pode falar em ‘verdade ética’.” (Oliveira, 1993, p. 19)

Habermas entende a ética como uma ciência reconstrutiva, que, diante da atualidade, possa pretender e justificar a normatividade. Entretanto, qual normatividade? Um tipo que, é claro, seja uma base forte o suficiente para a elaboração de teorias democráticas que afastem “enfermidades” como o paternalismo e a ditadura dos tecnocratas, como se vem reiterando sucessivamente neste texto. O ético, em Habermas, surge somente quando há interatividade entre os sujeitos, desde que, é claro, sejam superadas as particularidades em prol da pretensão de validade universal da norma moral. Há, nestes termos, a empatia entre indivíduos que se reconhecem reciprocamente como pessoas portadoras de dignidade igual. Entretanto, esta interação deve estar imbuída de boa-fé, construída com motivação racional, para que se possa convencer o ouvinte quanto a uma ordem, afirmação, exigência ou proposta.

Este processo de interação, por meio da comunicação, supõe que aquele que fala não pretende que seu ato de fala seja válido somente para si. Necessita que a sua manifestação (*Ausserung*) seja reconhecida, como verdadeira, para qualquer um que possa aceitá-la ou, como falsa, para os que quiserem negá-la. Qual seja o resultado, com relação ao ouvinte, há de se esperar sempre que haja uma resposta em algum momento. Os estudos de Habermas sobre a ação comunicativa e o potencial libertador da mesma espelham-se nesta possibilidade de união, em forma de *reconhecimento recíproco* da validade quanto ao que uma oferta de coordenação pretende.

2.3 Teoria da ação comunicativa

Uma das mais polêmicas e comentadas obras de Habermas é “Teoria da ação comunicativa”, publicada em dois volumes, em 1982. Por meio desta nova percepção, o alemão adere de vez à chamada “guinada lingüística”, ao divulgar que a razão comunicativa – um novo vetor para organizar solidariamente a sociedade – está sufocada pela razão instrumental das relações meio-fim, implementadas pelo modo de produção capitalista.

A ação comunicativa de Habermas é um contraponto à ação estratégica. Constitui um passo para uma visão mais solidária do agir humano, em geral, pois na ação comunicativa os participantes têm como meta um entendimento sobre uma situação passível de consenso. Na segunda, porém, um dos participantes – em vez de levar em consideração a “vontade” ou o “bem-comum” do grupo – procura levar a cabo suas próprias intenções. Para Habermas, a linguagem tem uma importância como *médium*, algo que permita estabelecer relações entre o sujeito e o mundo. A interpretação, ademais, deve ser igualmente cooperativa, moldando esta relação com o mundo de modo reflexivo.

Distinguem-se três tipos de ação social, cada qual com suas pretensões de validade, orientadas segundo as metas dos participantes. Se a coordenação da ação persegue cálculos egocêntricos de utilidade, a ação é teleológica, podendo converter-se em ação estratégica se houver antecipação de decisões por pelo menos um dos atores. A ação regulada normativamente decorre da coordenação de ação que, pela cultura e socialização, propõe um “acordo socialmente integrante de valores e normas”. Caso o objetivo seja uma relação de consenso entre atores e seu público, a ação é dramatúrgica.⁵¹

⁵¹ Lúcia Maria Carvalho de ARAGÃO, *Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas*, p.53-54.

2.3.1 O mundo da vida

O mundo da vida nada mais seria que um conjunto de sentidos gramaticalmente estruturados, no qual os indivíduos – desde que aptos para a vida social – recorrem para compreender, interpretar e agir sobre o mundo. Nos processos interpretativos, em cooperação, os sujeitos socializados já se utilizam disto implicitamente. O mundo da vida já está constituído, pelas tradições culturais em comum, já estando previamente interpretado. Quando partilhado intersubjetivamente, o mundo da vida é o embasamento da ação comunicativa, pois conjuga os três mundos, formando um sistema referencial que já define, anteriormente, o que será o objeto que recairá a possibilidade de qualquer reconhecimento.⁵²

Aragão tece alguns comentários fundamentais para a melhor compreensão sobre o conceito de mundo da vida:

“(...) seu caráter não problemático, que deve ser entendido num sentido radical (...) no máximo, pode desmoronar, pois é aceito sem questionamento na atitude do senso comum. Os elementos do mundo da vida (...) não têm o status de fatos, normas ou experiências a respeito dos quais os falantes e ouvintes poderiam chegar a um entendimento. Apenas podem ser objetos de consenso os elementos de uma situação da ação. (...) há um a priori social embutido na intersubjetividade do entendimento mútuo da linguagem. O mundo da vida é anterior a qualquer desacordo, é comum a todos, e não pode se tornar controverso da mesma forma que o conhecimento partilhado intersubjetivamente pode. (...) os limites do mundo da vida não podem ser transcendidos, embora as situações constantemente mudem. (...) Ele forma um contexto em que, ele próprio sem limites, delinea limites. Ele circunscreve situações de ações à maneira de um contexto pré-compreendido que não é endereçado.” (Aragão, 1997, p. 45)

Conforme já se disse anteriormente, Habermas diferencia a ação social em ação instrumental e ação comunicativa. Na primeira, verifica-se o interesse técnico, ou seja, aquele que o homem tem de desejar submeter a seu domínio a natureza, por meio de métodos geralmente calcados nas ciências experimentais e na tecnologia, numa relação de controle, previsão e recriação artificial. Por sua vez, o interesse prático consiste naquele organizar os relacionamentos entre os humanos, implicando numa repressão à sua natureza interna, com

⁵²*Ibid.*, p. 44.

normas para regular seus processos de vida em sociedade. Tais normas, se aceitas, serão institucionalizadas e terão força de lei, o que significa possibilidade de sanção previamente cominada em caso de desobediência.⁵³

2.3.2 Interação como conteúdo emancipatório

Entretanto, esta interação é racionalmente motivada, com conteúdo emancipatório de querer libertar-se da dominação social e política. Esta ação comunicativa, porém, só pode ser atingida se houver novos níveis de reflexão, que serão atingidos por meio “do exercício da prática comunicativa, (cujo objetivo é o entendimento mútuo, e cujo critério é a argumentação racional), com a instituição da esfera do discurso”⁵⁴. Há, então, uma diferença entre os acordos obtidos na prática cotidiana – o consenso fático – e os acordos realmente racionais, já ao nível do discurso, que requer a racionalidade dos argumentos.

Se, para a geração anterior da Escola de Frankfurt, a razão era o algoz da dominação, para Habermas, a razão transformou-se num vetor de libertação. A partir desta cisão entre razão instrumental e razão comunicativa – em certo ponto, maniqueísta -, Habermas possibilita projetos de um novo tipo de sociedade, pela derrocada em prática da ação comunicativa, nos planos regulativos do mundo da vida.

Habermas personifica, em sua teoria da ação comunicativa, o “desejo de ser compreendido de qualquer falante certas pretensões de validade universais inerentes a

⁵³ *Ibid.*, p. 54. Para Aragão, Habermas – apesar de sua crítica ao direito positivo – tem como sustentáculo o próprio direito positivo que, desta vez, é reformulado por um processo legislativo regido pelos conceitos de ação comunicativa. O direito positivo leva em conta a exterioridade, a manifestação do comportamento. Em sua teoria, Habermas inclui o interesse prático, uma interação racionalmente motivada, neste processo, de modo que haja consenso devido a uma discussão racionalmente motivada.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 45.

qualquer situação de comunicação, para que o conteúdo de um proferimento possa ser apreendido e possa, além do mais, produzir um entendimento entre falantes e ouvintes”⁵⁵.

Com a ampliação do conceito de razão – que inclui, além da verdade, a correção e a autenticidade –, Habermas sugere que a linguagem não seja somente conhecimento, mas também ações, motores que gerem “expectativas de reações comportamentais tanto ao nível social quanto subjetivo”⁵⁶. Este princípio de universalidade (U) é um dos principais pilares da teoria habermasiana aplicada ao direito, a resposta da modernidade para a regulação de comportamentos.

2.3.3 Crítica ao Direito Positivo

A conseqüência direta da interferência da ação instrumental no mundo da vida é a mecanização das relações sociais, que se afastam das identidades dos agentes. O Estado, salienta Manoel A. de Oliveira, impõe o Direito – imbuído dos pressupostos jurídicos de uma troca – no lugar das normas de validade tradicional, obtidas por meio de um consenso racional. Assim, Oliveira insiste em dizer que “a vida dos homens vai-se reger muito mais por mecanismos funcionais inconscientes do que por normas éticas”, porque “a lógica sistêmica invade a vida privada e pública do homem, recalcando para a marginalidade sua dimensão ética. (...) é a substituição do ético pelo sistêmico”⁵⁷.

Habermas propõe um modelo que seja base para uma nova integração social por meio da sua teoria da ação comunicativa, já que esta se converte, em suas próprias palavras, num “fio condutor para a reconstrução do emaranhado de discursos formadores da opinião e preparadores da decisão, na qual está embutido o poder democrático exercitado conforme o direito”⁵⁸. E o direito positivo seria a complementação necessária a qualquer ordem moral que

⁵⁵ *Ibid.*, p. 69.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁵⁷ Manoel A. de OLIVEIRA, *Ética e racionalidade moderna*, p. 18.

⁵⁸ Jürgen HABERMAS, *Direito e democracia* vol. 1, p. 21.

seja orientada por princípios.⁵⁹ Enquanto Kant subordina as normais legais às normas morais, Habermas encontra uma relação entre ambas, vendo-as como co-originais, havendo complementaridade recíproca.

O Direito contemporâneo, de acordo com Habermas, possui dois aspectos de extrema relevância: a positividade e a pretensão de ser aceitado racionalmente. Com relação à positividade, todo o ordenamento jurídico, enquanto estrutura de normas, consiste numa realidade social (ou melhor, um fragmento dela) artificial. Tal realidade, porém, está sujeita a modificação ou mesmo revogação por meio de normas previamente estabelecidas, por quem lhe competir. Desta forma, devido a possibilidade de ser modificado, o Direito Positivo assume a “expressão pura de uma vontade”, que determina a duração de certas normas, para que tenham vigência e estejam protegidas quanto a qualquer outra possibilidade⁶⁰ de serem declaradas sem validade.

O voluntarismo da pura criação, aponta Habermas, é a gênese de toda patologia do Direito Positivo. Portanto, o Direito Positivo não pode sustentar-se apenas em decisões arbitrárias, pois se assim o for, são sérios os riscos de perder o seu poderio como integrador social. Ademais, salienta que a força do Direito tem muito mais fundamento na aliança formada que “a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade”⁶¹. Daí, se verifica “o entrelaçamento estrutural entre a aceitação, que fundamenta os fatos, e a aceitabilidade exigida por pretensões de validade, que já estava produzida no agir comunicativo e na ordem social mais ou menos natural, na forma de tensão entre facticidade e validade”⁶².

⁵⁹ *Ibid.*, p. 23.

⁶⁰ Entenda-se qualquer outra possibilidade fora do ordenamento jurídico e que não atenda os requisitos do processo legislativo que confere legitimidade estatal às leis. É válido aquilo que estiver em conformidade com o ordenamento jurídico, que lhe confere proteção quanto seus efeitos no tempo e no espaço.

⁶¹ *Ibid.*, p. 60.

⁶² *Ibid.*

2.3.4 Facticidade e normatividade

O Estado regulado pelo Direito emana o próprio Direito. E é neste ciclo que se encontra a tensão entre a facticidade e a normatividade. No entanto, Habermas reconhece que o princípio do discurso e a forma jurídica de relações interativas, sozinhos, não conseguem fundamentar qualquer tipo de direito. Quer dizer, só pode converter-se numa figura de um princípio da democracia caso esteja conectado com o *medium* do direito, de tal maneira que forme “um sistema de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca (...) e vice-versa, qualquer exercício da autonomia política significa, ao mesmo tempo, uma interpretação e configuração desses direitos, em princípio, não saturados, através de um legislador histórico.”⁶³

A autonomia privada e a autonomia pública, garantidas pelo Direito, representa também a tensão entre facticidade e validade, vista, por Habermas, como tensão entre positividade e legitimidade do Direito. Ao ocorrer o cruzamento entre a forma do Direito e o princípio do discurso, no qual o Direito emerge para seus destinatários e para seus autores, como numa “bifurcação”: as iguais liberdades subjetivas de ação são compatibilizadas e “freadas” pelas leis cogentes (obrigatórias e não meramente dispositivas), enquanto o sistema de direitos agrega as liberdades comunicativas dos civis, como se estivessem acordados pelo bem comum, por meio da Lei.

Nesta asserção, de que o uso público das liberdades comunicativas deve ser garantido institucionalmente pelos direitos políticos fundamentais, como se fossem direitos subjetivos, abre-se margem para uma colocação de extrema relevância: a linguagem dos direitos de comunicação e participação deve ser elaborada de uma maneira que permita aos sujeitos autônomos do direito a faculdade de escolha, seja de utilizá-los ou não, ou, ainda, de escolher como utilizá-los.⁶⁴

⁶³ *Ibid.*, p. 165.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 167.

Considerar o Direito como um círculo que princípios e normas que legitima a si mesmo, tal como conceitua o positivismo jurídico, impede a participação de uma população acostumada com a liberdade, cuja espontaneidade na pode ser reprimida pelo Direito. Para Habermas, o Direito não é um circuito fechado, “se regenera através das tradições libertárias e se mantém nas condições associacionais de uma cultura política liberal”⁶⁵. A disponibilidade das regulações jurídicas pode comprometer e afunilar o acesso de sujeitos neste processo. Então, os custos das virtudes cidadãs não devem ser muito elevados. Afinal, ao se encarar discursivamente o ordenamento jurídico, há de se olhar para dois lados: “De um lado, a carga da legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o Direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor.”⁶⁶

III - JOHN RAWLS E JUSTIÇA SOCIAL

3.1 A teoria da justiça de John Rawls

Publicada em 1971, “Uma teoria da justiça”, de John Rawls praticamente reabilitou a filosofia política no cenário internacional. Houve repercussão em várias áreas do saber, por sua visão multidisciplinar acerca da justiça, incluindo, o Direito. Porém, Rawls não tinha a intenção de criar uma teoria específica do Direito, ampliou-a, para abarcar a questão da justiça nos dias contemporâneos. Contudo, podemos verificar, em sua obra, que a sua teoria da justiça como equidade possui praticamente os contornos de um ordenamento jurídico, iniciado por princípios e elementos constitucionais.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 168.

⁶⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 198.

Rawls não pretendeu que seus estudos fossem apenas teoria. Portanto, seu esboço de ordem jurídica não se resguarda meramente em Leis ou princípios normativos. Ampara-se principalmente em princípios pragmáticos que possam ser colocados em prática, visando solucionar problemas da sociedade contemporânea, como a desigualdade social e a falta de acesso equitativo às oportunidades, cujo implemento pode significar uma melhoria na qualidade de vida das pessoas. O Estado é mais ativo, mais social, e menos formal, segundo Sônia Felipe. “Rawls confere ao Estado responsabilidades no fornecimento de bens públicos e no controle das instituições responsáveis pelo equilíbrio entre a cooperação do indivíduo para o montante da riqueza social, e os benefícios aos quais tem direito nesse contrato”.⁶⁷

Rawls estrategicamente deixa de lado as discussões acerca do mérito das doutrinas “abrangentes” causadoras de controvérsias. Essas doutrinas tomam como parâmetro verdades absolutas sobre questões de caráter universal, sob um prisma de inamobilidade, jamais podendo ser tomadas como alicerce, pois caso fossem concretizadas violariam os direitos das pessoas numa sociedade em que vigora uma concepção política de justiça, num Estado Democrático. Por isso, Rawls é extremamente pragmático, neste aspecto. Deixa implícito, na sua teoria da justiça, um ordenamento jurídico que é formulado em torno de princípios que têm a meta de garantir a todos os bens básicos, segundo deliberações numa “posição original”.

Na “posição original”, só devem ser discutidas questões concernentes à “estrutura básica” da sociedade. Quer dizer, uma concepção política de justiça discute, em termos de “estrutura básica”, como se constitui e como se opera a infra-estrutura que garanta a todos o acesso igual a um sistema amplo de liberdades, assim como a distribuição justa de bens.

Mas o que é a “estrutura básica” da teoria de John Rawls? Samuel Freeman, um dos estudiosos mais destacados de Rawls, responde: “‘Estrutura básica’ é um sistema interconexo

⁶⁷ Sônia FELIPE, Rawls: uma teoria ético-política da justiça, in: Manfredo A. de OLIVEIRA, *Correntes fundamentais da ética contemporânea*, p. 143.

de regras e práticas que definem a Constituição política, os procedimentos legais e o sistema de julgamentos, o instituto da propriedade, as Leis e as convenções que regulam o mercado e a produção econômica e trocas (comércio), e a instituição da família (no âmbito da teoria ideal)”.⁶⁸

3.1.1 Político, não metafísico

A obra de John Rawls tem suscitado simultaneamente admiração, de um lado, e críticas, do outro, ao defender que a justiça deve ser considerada de um ponto de vista político, não metafísico. O objeto da justiça é a estrutura básica da sociedade, e não os fundamentos metafísicos de felicidade ou de bem, como na *pólis* de Aristóteles, algo intangível de ser obtido diante do atual paradigma de pluralidade ideológica, política e religiosa. Sua ética-política, calcada na justiça distributiva, procura amenizar desigualdade social através da formulação de instituições justas. Essa teoria, por essas considerações com a dignidade da pessoa humana, atrai atenções de pensadores do mundo todo, inclusive no Brasil. “Aqui a desigualdade de renda de certo modo determina todas as demais desigualdades.”⁶⁹ Sobre o caráter social da teoria de Rawls, Sônia Felipe complementa: “Rawls afirma reiteradamente que seu modelo de justiça vem aprimorar as instituições das sociedades minimamente igualitárias, não servindo, sozinho, para revolucionar as instituições das sociedades desiguais e hierárquicas. Isso pressupõe uma vontade política de distribuir com equidade todos os bens distribuídos.”⁷⁰

⁶⁸ Samuel FREEMAN, Introduction, in: _____, *The Cambridge companion to Rawls*, p.: “ The basic structure is the interconnected system of rules and practices that define the political constitution, legal procedures and the system of trials, the institution of property, the laws and conventions which regulate markets and economic production of exchange, and the institution of the family (...).”

⁶⁹ Luiz Paulo ROUANET, Igualdade complexa e igualdade de renda no Brasil, in: Jean-Christophe MERLE & Luiz MOREIRA, *Direito & legitimação*, p. 387.

3.1.2 Direita e esquerda, liberalismo e socialismo

O debate entre esquerda e direita parece encontrar em John Rawls um novo ponto, pois o autor redimensiona a questão da supremacia da igualdade ou da liberdade com o prisma da justiça como equidade, como sugere Thomas Nagel:

“Em resumo, o que Rawls fez foi combinar princípios muito fortes de igualdade social e econômica, associados com o socialismo europeu, com a igualdade de princípios fortes de tolerância pluralística e liberdade pessoal, associados com o liberalismo americano. Ele o fez numa teoria que remonta ambos a uma fundação em comum. O resultado é mais similar, em espírito, à social democracia europeia que qualquer movimento político americano em voga (...) O liberalismo de Rawls é a mais completa realização (teórica) que nós temos, até agora, de uma concepção de justiça de uma sociedade, tomada como um todo, na qual as instituições que fazem parte da ‘estrutura básica’ da sociedade são firmadas, e avaliadas, por padrões em comum.”⁷¹

No mesmo sentido de Nagel, Amy Gutmann entende que John Rawls aproxima o criticismo socialista e a teoria liberal, principalmente pelo fato de “Uma teoria da justiça” não oferecer qualquer tipo de radicalização filosófica em prol de uma classe, ou grupo, dominante. Seus comentários sobre os princípios rawlsianos da justiça, e suas relações com o socialismo e liberalismo, consistem no seguinte:

“Este é um liberalismo para os menos favorecidos, é um liberalismo que paga um tributo moral para a crítica socialista. O ‘princípio da diferença’ previne os pobres de falirem (mesmo que dentro de uma ‘margem de segurança’) desde que seja possível aumentar suas expectativas na vida. Nada que diminua a garantia das suas expectativas na vida, que sejam praticáveis, satisfará as demandas rawlsianas. De maneira similar, a ‘igualdade equitativa de oportunidades’ vai muito além do ideal liberal das carreiras abertas a talentos. Isso também requer educação compensatória e limites nas desigualdades econômicas que em todos os setores da sociedade devem ser, aproximadamente, prospectos iguais de cultura e conquista para todos similarmente motivados e com dotes naturais similares.

Os liberais podem ‘suportar’ as implicações relativas à igualdade econômica da teoria porque o primeiro princípio (o cerne liberal da teoria de Rawls) rejeita a equalização que acarrete em prejuízos às liberdades básicas de qualquer cidadão. A renda dos menos favorecidos, por exemplo, pode não ser maximizada se ocasionar a negação da liberdade de associação de profissionais ou a liberdade de fala para os neoconservadores, por exemplo. Os socialistas podem, constantemente,

⁷⁰ Sônia FELIPE, Rawls: uma teoria ético-política da justiça, in: Manfredo A. de OLIVEIRA, *Correntes fundamentais da ética contemporânea*, p. 141.

⁷¹ “In brief, what Rawls has done is to combine the very strong principles of social and economic equality associated with European socialism with the equality strong principles of pluralistic toleration and personal freedom associated with American liberalism, and he has done so in a theory that traces them to a common foundation. The result is closer in spirit to European social democracy than to any mainstream American political movement. (...) Rawls’ liberalism is the fullest realization we have so far of this conception of the justice of a society taken as a whole whereby all institutions that form part of the basic structure of society have to be assessed by a common standard.” (Nagel, 2003, p. 63)

‘suportar’ o liberalismo do primeiro princípio porque o segundo princípio (o cerne socialista da justiça rawlsiana) proporciona liberdades que vão além de meras formalidades para os menos favorecidos.”⁷²

3.1.3 Discussões sobre a realidade

Se, em Kelsen, a divisão entre justiça e Direito eram extremamente rígidas, podemos ver que Rawls inaugura uma nova concepção de justiça, ainda que ancorada no Direito. Rawls inclui o diálogo, e o confronto democrático de idéias na sua teoria da justiça. Em resumo, Rawls defende que o Direito, apesar de não se dever apegar a fundamentos metafísicos (religiosos, ideológicos, entre outros), não pode ser injusto.

Rawls, portanto, quebra o estigma da rigidez da ordem jurídica proposta por Kelsen, porque ao sugerir princípios da justiça como fundamentos de uma sociedade bem ordenada, praticamente impõe a construção de um novo ordenamento jurídico, que seja efetivamente justo e não apenas formal e distante da realidade cotidiana do ser humano. “Assim, firma-se um importante ponto de partida para entendimento da doutrina de Rawls: *a justiça deve ser discussão sobre a realidade, e não sobre um ordenamento jurídico, consuetudinário ou positivo*. Mas cuida-se – vale frisar – de perquirir não só o pacto realisticamente posto, e sim também a *validade universal* (caráter absoluto) do seu conteúdo.”⁷³

⁷² “This is a liberalism for the least advantaged, a liberalism that pays moral tribute to the socialist critique. The ‘difference principle’ prevents the poor from falling (even into a safety net) so long as it is possible to raise their life prospects higher. Nothing short of securing their highest practicable life prospects will satisfy Rawlsian demands. Similarly, fair equality of opportunity goes far beyond the classical liberal ideal of careers open to talents. It also requires compensatory education and limits on economic inequalities so that ‘in all sectors of society there should be roughly equal prospects of culture and achievement for everyone similarly motivated and endowed.

Liberals can consistently support the theory’s egalitarian economic implications because the first principle, the liberal core of Rawls’s theory, rejects equalization at the expense of the basic liberties of any citizen. The income of the least advantaged may not be maximized, for example, by denying freedom of association to professionals or freedom of speech to neoconservatives. Socialists can consistently support the liberalism of the first principle because the second principle (the socialist core of Rawlsian justice) renders liberal freedoms far more than mere formalities for the disadvantaged.” (Gutmann, 1989, p. 17)

3.2 Os princípios da justiça como norma fundamental

A teoria da justiça como equidade, de John Rawls, foi elaborada para uma sociedade democrática, tendo como objeto a “estrutura básica” da mesma. É também uma forma de liberalismo político que tenta conciliar – ou melhor, articular – uma família de valores morais significativos cujas características são aplicáveis às instituições políticas e sociais da “estrutura básica”. Já podemos dizer que a teoria da justiça como equidade deve primar por princípios que atendam os anseios de uma sociedade democrática, calcada um regime constitucional, em que as principais instituições sociais e políticas combinam-se como um único sistema de cooperação social. Para Thomas W. Pogge, Rawls reitera, inúmeras vezes, que sua concepção de justiça é um guia para o curso das mudanças sociais e que a figura crucial para habilitar essas mudanças é a ordenação serial dos dois princípios da justiça.⁷⁴

Conforme o liberalismo político de Rawls, a concepção de justiça deve ser política, não metafísica. Isso significa dizer, de acordo com Rawls, que: “o poder político somente é legitimado quando é exercido de acordo com os elementos de uma Constituição (escrita ou não-escrita) que todos os cidadãos, como razoáveis e racionais, possam acatar e defender à luz da sua razão humana comum.”⁷⁵

Quando o poder político estiver legitimado e for exercido diante de uma Constituição aceita por cidadãos livres (racionais e razoáveis), em pleno uso das faculdades da razão humana comum, estaremos fazendo frente ao princípio liberal da legitimação. Todas as questões legislativas, desta forma, referentes ou tangenciais aos elementos constitucionais, ou altamente conflitantes, devem ser firmadas – na medida do possível – por diretrizes e valores que possam ser endossados de maneira semelhante.

⁷³ Eduardo Gonçalves BOQUIMPANI, Rawls e seus críticos, in: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 40, julho/setembro de 2002, p. 184.

⁷⁴ Thomas W. POGGE, *Realizing Rawls*, p. 136.

⁷⁵ “(...) political power is legitimate only when it is exercised in accordance with a constitution (written or unwritten) the essentials of which all citizens, as reasonable and rational, can endorse in the light of their common human reason.” (JFR, II, § 12, p. 41)

3.2.1 Questões de justiça básica

Os elementos constitucionais e as questões básicas da justiça devem ser atrelados somente a princípios e valores que cada um dos cidadãos possa, racional e razoavelmente, aceitar como membro de uma sociedade política entrelaçada por um sistema equitativo de cooperação social. Obviamente, em praticamente todas sociedades contemporâneas, esbarramos com o problema das desigualdades econômicas e sociais, que devem sujeitar-se à profunda análise como objeto de uma preocupação a ser eliminada, ou se for impossível, amenizada, de modo a não permitir a perpetuação de desigualdades. Podemos encontrar exemplos sobre o que Rawls entende por elementos constitucionais em seus próprios textos, como este que se segue:

“(1) os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e do processo político; os poderes do legislativo, do executivo e do judiciário; os limites da regra da maioria; e
(2) liberdades e direitos básicos iguais dos cidadãos que a maioria legislativa deve respeitar, tal como o direito de votar e de participar da política, liberdade de pensamento e de associação, liberdade de consciência, como a preservação do Estado de Direito.”⁷⁶

Com base nesta declaração, podemos dizer que, antes de encontrar o princípio para regular as desigualdades, há de se considerar prioritariamente as convicções sobre liberdades de direitos básicos iguais, o valor equitativo das liberdades políticas e a igualdade equitativa de oportunidades.

Nas palavras de Rawls, primeiro é necessário usar nossas convicções mais firmes sobre a natureza da sociedade democrática como um sistema equitativo de cooperação social entre cidadãos livres e iguais, como fora modelado na “posição original”, para, só assim, poder verificar quais combinações das proposições daquelas expressões que podem ser

⁷⁶ “(1) the fundamental principles that specify the general structure of government and the political process; the powers of the legislature, executive and judiciary; the limits of majority rule; and
(2) the equal basic rights and liberties of citizenship that legislative majority must respect, such as the right to vote and to participate in politics, freedom of thought and of association, liberty of conscience, as well as the protections of the rule of law.” (JFR, I, § 9, p. 28, grifos nossos)

combinadas para identificar um princípio distributivo adequado para a “estrutura básica” com suas diferenças sociais e econômicas nos projetos de vida dos cidadãos.⁷⁷

3.2.2 Os princípios da justiça e a Constituição

Para melhor entendimento e interconexão com os elementos constitucionais, exporemos os princípios da justiça descritos por Rawls em “Justice as fairness: a restatement”, no capítulo “Principles of justice”, que, como podemos verificar, possuem uma redação e uma disposição um pouco mais sofisticada daquela o autor enunciou em seus primeiros escritos, mormente em “Uma teoria da justiça”:

“(a) Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável ao mais plenamente adequado esquema de liberdades básicas iguais, desde que seja compatível com o mesmo esquema das mesmas liberdades para todos; e

(b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, elas devem estar vinculadas (attached) a cargos e posições acessíveis para todos, sob condições de igualdade eqüitativa de oportunidades, e, segundo, devem primar pelo máximo benefício daqueles membros da sociedade que são os menos favorecidos (princípio da diferença).”⁷⁸

O primeiro princípio tem prioridade lexical sobre o segundo princípio. No segundo princípio, o princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades deve ser considerado antes do princípio da diferença. Na opinião de Thomas W. Pogge, uma maneira de ver a bipartição dos princípios da justiça de Rawls é encarar a distinção entre liberdades e direitos básicos e benefícios econômicos e sociais. O primeiro princípio teria a função primordial de proibir desigualdades econômicas e sociais radicais, presumindo que as provisões sócio-econômicas são parte integrante do primeiro princípio, constituindo-se em requerimento essencial para

⁷⁷ *Ibid.*, p. 42.

⁷⁸ “(a) Each person has the same infeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same liberties for all; and

(b) Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be the greatest benefit of the least-advantaged members of society (the difference principle).” (JFR, II, § 13, p. 42-43, grifos nossos)

que os valores equitativos das liberdades políticas sejam protegidos.⁷⁹ Falaremos sobre isto mais adiante, com maiores desdobramentos, incluindo idéias de outros teóricos como Luiz Paulo Rouanet, Eduardo Matarazzo Suplicy, Thomaz Pogge e Álvaro de Vita, entre outros. Vejamos como Thomas Nagel caracteriza os dois princípios da justiça:

“Notemos que o primeiro princípio é um princípio de igualdade estrita, e o segundo é um princípio de desigualdade permissível. O primeiro princípio se aplica mormente às estruturas constitucionais e às garantias dos sistemas político e legal, e o segundo à operação dos sistemas social e econômico, particularmente com relação à maneira que elas podem ser afetadas por políticas tributárias (tax policies) e várias interferências relacionadas à previdência social, ao emprego, à compensação de desabilidades funcionais (disability compensation), aos cuidados com as crianças, à educação, à assistência médica, entre outros.”⁸⁰

3.2.3 Prioridade lexical do primeiro princípio da justiça

Com isso, podemos dizer que o primeiro princípio, por conter elementos constitucionais e as garantias dos sistemas político e legal, deve ter prioridade sobre o segundo princípio, que diz respeito às operações dos sistemas sociais e econômicos, tal como estas podem ser afetadas pelas políticas tributárias e outros assuntos, como a seguridade social, o emprego, o atendimento aos portadores de necessidades especiais, auxílio maternidade, educação, saúde, por exemplo. Com relação à prioridade lexical do primeiro princípio da justiça sobre o segundo princípio da justiça, e a prioridade do princípio da igualdade equitativa de oportunidades sobre o princípio da diferença, Álvaro de Vita explica:

“Essa disposição serial pode ser interpretada da seguinte forma. Ao comparar diferentes arranjos institucionais da ótica da justiça, devemos primeiro selecionar aqueles em que as liberdades civis e políticas encontram-se adequadamente protegidas (prioridade do primeiro princípio) e em que as instituições e políticas de promoção da igualdade socioeconômica não exigem, por exemplo, a conscrição ao trabalho (prioridade da primeira parte do segundo princípio); em seguida, selecionamos aquele arranjo institucional no qual

⁷⁹ Thomas W. POGGE, *Realizing Rawls*, p. 138.

⁸⁰ “Note that the first principle is a principle of strict equality, and the second a principle of permissible inequality. The first applies roughly to the constitutional structures and guarantees of the political and legal systems, and the second to the operation of the social and economic systems, particularly insofar as they can be affected by tax policies and various approaches to social security, employment, disability compensation, child support, education, medical care, and so forth.” (Nagel, 2003, p. 66)

a distribuição de 'bens primários' é igualitária (ou mais igualitária) de acordo com o critério estabelecido pelo princípio da diferença.” (Vita, 2000, p. 212)

Os princípios da justiça, na teoria rawlsiana, são escolhidos numa lista oferecida às partes, na “posição original”, assevera o próprio Rawls. Uma lista de liberdades básicas iguais, abrangidas pelo primeiro princípio da justiça, deve conter: “liberdade de pensamento e liberdade de consciência, liberdades políticas (por exemplo, o direito de votar e participar da política) e liberdade de associação, como os direitos e liberdades especificados pela liberdade e integridade (física e psicológica) das pessoas; e finalmente, os direitos e liberdades cobertos pelo Estado de Direito.”⁸¹

3.3 As liberdades básicas

A liberdade, diz Rawls, é o valor proeminente e, talvez, o principal, senão o maior fim da política e da justiça social. Na história do pensamento democrático, sempre se enfatizou a conquista de certas e específicas liberdades e direitos consolidados e assegurados constitucionalmente, como podemos ver, por exemplo, numa carta de direitos e declaração dos direitos do homem. A justiça como equidade segue esta visão, afirma Rawls. Essa lista de liberdades básicas pode ser esboçada de duas maneiras: a-) histórica – os regimes democráticos com uma lista de direitos e liberdades básicas parecem ser mais estáveis e seguros, sendo historicamente os melhores sucedidos; b-) analítica – são consideradas as liberdades que providenciam as condições políticas e sociais essenciais para o adequado desenvolvimento e total exercício dos dois poderes morais de pessoas livres e iguais.⁸²

Cabe-nos falar de prioridade lexical do primeiro princípio da justiça, argumenta Álvaro de Vita, quando estivermos no âmbito da “teoria ideal” de Rawls, na qual se pressupõe que ambos princípios da justiça são aplicados, de forma pelo menos aproximada, pela

⁸¹ JFR, II, § 12, p. 44.

⁸² *Ibid.*, p. 45.

“estrutura básica” da sociedade política, contando, ainda, com “obediência estrita”, quer dizer, todos cidadãos aceitam e seguem os princípios reconhecidos publicamente.

Caso persistam injustiças nas instituições sociais ou na conduta dos cidadãos, estaremos no campo da “teoria não-ideal” e da “obediência parcial”.⁸³ A prioridade lexical do primeiro princípio também pode ser justificada pelo argumento de que as liberdades básicas, abrangidas pelo mesmo, são fundamentais para a persecução de variadas concepções de bem e essenciais para o exercício e desenvolvimento dos dois poderes morais, que definem a concepção política de pessoa, nos moldes do construtivismo político de Rawls.⁸⁴

3.3.1 Necessidades básicas e mínimo social

Álvaro de Vita abre outro ponto de discussão sobre a prioridade lexical. Para ele, só poderíamos falar da mesma, uma vez satisfeitas as necessidades básicas dos cidadãos membros da sociedade política. Uma lista simples de necessidades básicas poderia ser exemplificada pelo seguinte: “garantia da integridade física, de nutrição adequada, do acesso à água potável, ao saneamento básico, ao atendimento médico e à educação”.⁸⁵ Como serão satisfeitas essas necessidades básicas? Para Luiz Paulo Rouanet, a resposta está na adoção de um projeto de renda básica: “(...) o projeto de renda básica é compatível com a teoria da justiça como equidade. Como vimos, também, que na sociedade brasileira, ao se falar de igualdade, a igualdade de renda tem prioridade, o projeto de renda básica atua justamente sobre esse ponto. Se implementado tira a todos, pelo menos, da faixa de indigência. Para apresentar rapidamente o que está envolvido na noção de renda básica, digamos que se trata de uma renda para todos, quer sejam ricos, quer sejam pobres, estejam ou não empregados.”⁸⁶

⁸³ Álvaro de VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 215.

⁸⁴ Samuel FREEMAN, Introduction, in: _____. , *The Cambridge companion to Rawls*, p. 5

⁸⁵ Álvaro de VITA, *A justiça igualitária e seus críticos*, p. 212.

⁸⁶ Luiz Paulo ROUANET, Justiça como equidade: uma proposta brasileira, in: *Social democracia brasileira*, maio / junho de 2003, n. 7, ano 2, p. 21.

John Rawls considera que o mínimo social, para prover as necessidades básicas de todos os cidadãos, é um elemento constitucional. Neste mesmo sentido, Thomas W. Pogge sugere que sejam inclusas no primeiro princípio as provisões econômico-sociais. Cremos que isto seja fundamental para que a teoria da justiça de Rawls não seja mais uma abstração acadêmica, utópica, sem nexos com o mundo real. Pedimos licença para inserir um texto do filósofo da ciência Karl Popper, que, surpreendentemente, parece ter algumas idéias compatíveis com os autores tratados:

“Não procures tornar feliz a humanidade recorrendo a meios políticos. Em vez disso, luta pela eliminação de inconvenientes concretos. Ou, exprimindo numa forma mais prática: luta pela supressão da pobreza por meios diretos – por exemplo, através da garantia de um rendimento mínimo para cada pessoa. Ou luta contra as epidemias e as doenças por meio da construção de hospitais e estabelecimentos médicos de ensino. Luta contra a ignorância da mesma forma que lutas contra o crime. Mas faz tudo isso por meios diretos. Decide o que consideras como os piores males da sociedade em que vives e procura convencer pacientemente as pessoas que podemos solucionar e como podemos fazer.

Mas não tentes realizar estes objetivos indiretamente através de planos e preparativos de um ideal distante, uma sociedade perfeita. Por mais obrigado que te possas sentir à visão inspiradora deste ideal, não creias ser teu dever cuidar da sua realização, ou que é a tua missão abrir os olhos aos outros para a sua beleza. Não autorizes os sonhos de um mundo maravilhosamente belo a afastarem-te das necessidades reais dos homens que sofrem hoje, entre nós. Os nossos companheiros têm direito à nossa ajuda, nenhuma geração deve ser sacrificada em favor de gerações futuras, em favor de um ideal que talvez não seja atingido. Em resumo: a minha proposta é que o sofrimento que se puder evitar deve ser considerado como o problema mais premente da política pública racional, enquanto que a promoção da felicidade não deve tornar-se um problema político: a busca da felicidade deve ser deixada à iniciativa privada.” (Popper, 1994, p. 9, grifo nosso)

3.3.2 Reconstrução do ordenamento jurídico

Ambos princípios da justiça se aplicam à “estrutura básica” da sociedade. Porém, o primeiro princípio da justiça também se aplica integralmente àquilo que chamamos de Constituição, a norma magna de uma ordem jurídica. Constituição pressupõe a idéia de sujeição e limitação a seus termos, inclusive da mais graduada autoridade política de um país, segundo a forma e a força da Lei. É ainda a Lei fundamental de uma nação, contra a qual não podem subsistir outros atos, opiniões ou decisões.⁸⁷

⁸⁷ Frank I. MICHELMAN, Rawls on constitutionalism and constitutional law, in: Samuel FREEMAN (org.), *The Cambridge companion to Rawls*, p. 394.

Em “Uma teoria da justiça”, Capítulo IV – “Liberdade igual”, Rawls escreve que certas liberdades – as políticas e de pensamento e associação – devem ser garantidas por uma Constituição. Por sua vez, a Constituição deriva de um poder constituinte, que é institucionalizado na forma de um regime, sendo um poder superior, distinto do poder ordinário, que confere, entre outros, o direito de votar e concorrer a um cargo eletivo, a garantia a uma carta de direitos básicos e procedimentos para emendar a própria Constituição.

Frank I. Michelman considera que Rawls, em sua teoria da justiça como equidade, pretende reconstruir racionalmente a tradição constitucional democrática, no intuito de resolver problemas crônicos e desacordos internos existentes na própria tradição democrática. De um lado uma reconstrução válida poderia ter um início estritamente procedimentalista, que culminaria numa concepção política que acolheria a “situação ideal de fala” de Habermas. Por outro lado, a reconstrução poderia ser iniciada a partir de uma dimensão substantiva de equidade, como propõe Rawls, de acordo com Michelman, cuja linha de raciocínio, sugerida por este, expomos a seguir:

“(1) Uma concepção política de justiça (em oposição a uma visão sectária ou filosoficamente compreensiva) para a ‘estrutura básica’ de uma sociedade democrática é trabalhada desde idéias fundamentais que possam razoavelmente ‘ser vistas’ como se fossem planejadas a partir da cultura de tal sociedade. (2) A concepção política da justiça como equidade, em particular, foi construída a partir de um conjunto particular de idéias fundamentais extraídas da cultura pública de um Estado democrático. Entretanto, (3) há outras concepções de justiça constitucionais e democráticas que podem ser defendidas, cada qual, talvez, correspondente a um diferente ‘aspecto’ da sociedade democrática, um diferente conjunto de idéias fundamentais, como ponto de partida, que leva a uma conclusão diferente sobre exatamente qual ‘concepção política’ – qual conjunto ou ideais servirão para avaliar o conjunto de elementos constitucionais para uma sociedade democrática (segundo o ordenamento dos dois princípios da justiça como equidade) – uma pessoa razoável possa acatar. Daí, então, (4) a falha, ou dificuldade, que as democracias constitucionais têm em definir questões de certo (constitucional) ou errado (inconstitucional) em matéria constitucional pode ser o reflexo de uma certa pluralidade de concepções políticas, sendo que todas podem ser defendidas, se em competição umas com as outras, porque todas são reconstruções de uma visão mais abstrata e compartilhada de sociedade democrática.”⁸⁸

⁸⁸ “(1) A *political* (as opposed to a sectarian or comprehensive philosophical) conception of justice for the basic structure of a democratic society is worked up from fundamental ideas that can reasonably be ‘seen as’ having been drawn from the culture of such society. (2) The particular political conception of justice as fairness has been constructed out of a particular set of such fundamental ideas extracted from the public culture of a democratic state. However, (3) there are, presumably, other defensible conceptions of constitutional-democratic

Os princípios da justiça são adotados numa seqüência de quatro estágios. No primeiro, na “posição original”, as partes escolhem os princípios da justiça com o conhecimento limitado pelo “véu da ignorância”, que, nas etapas seguintes, é progressivamente dissipado. No segundo estágio, o da assembléia constituinte, é aplicado o primeiro princípio, pois é aqui que os elementos constitucionais são assegurados e já se tem uma certa noção, em face da Constituição, de como os arranjos políticos podem ser realizados, na prática. O terceiro estágio, o legislativo, é aquele em que se elaboram as Leis, segundo o que a Constituição permite. É neste estágio que se aplica o segundo princípio, que resvalará, igualmente, em toda legislação social e econômica, e em vários assuntos neste sentido. O último estágio, finalmente, é aquele em que as regras são aplicadas pelos legisladores e interpretadas pelo Poder Judiciário.

Temos agora certeza que o primeiro princípio da justiça abrange os elementos constitucionais. E quanto ao segundo princípio da justiça? John Rawls responde. No segundo princípio da justiça, requer-se igualdade equitativa de oportunidades e que as desigualdades sociais e econômicas sejam regidas pelo princípio da diferença. Alguns tipos de princípios de oportunidade perfazem elementos constitucionais, como nas doutrinas do século XVIII, em que, numa sociedade aberta, as carreiras deveriam estar abertas a talentos. Mas isso é apenas formal. E a igualdade equitativa de oportunidades exige muito mais do que isso, então, não pode ser concebida como um elemento constitucional.⁸⁹ Talvez, possamos conceber o princípio da diferença como complementar ao primeiro princípio, já que aquele não se encontra resguardado nos elementos constitucionais, mas abaixo deles, nas legislações infraconstitucionais.

justice, each of them perhaps corresponding to a somewhat different ‘take’ on democratic society, a different set of starting-point fundamental ideas that lead to a different conclusion about exactly what ‘political conception’ – what set of principles and ideals for appraising a set of constitutional essentials for a democratic society (on the order of the two principles of justice as fairness) – a reasonable person would endorse. If so, then (4) the failure of constitutional democracies thus far to resolve certain chronic issues of constitutional right and wrong may

3.3.3 Direitos e liberdades possíveis e implementados

Rawls está preocupado em prover um mínimo social para que as liberdades básicas se efetivem e não sejam meramente formais. Sem o mínimo social, as pessoas não teriam como desenvolver os seus poderes morais, nem teriam possibilidade de estarem plenamente inseridas na sociedade política como seres livres e iguais. A justiça como equidade, como já vimos, não parte de premissas metafísicas, mas de um plano que pode ser realizado, com uma noção muito forte do que é a realidade social tal como ela se apresenta, embora não seja uma teoria social.

A política, em Rawls, não tem como objetivo a felicidade dos indivíduos, calcada num *télos*, que poderia ferir mortalmente o princípio liberal da tolerância e o fato do pluralismo das sociedades contemporâneas. Apenas é necessário preencher os vazios e dar vazão a ações que satisfaçam a dignidade humana, pelo menos com a provisão de um rendimento mínimo, ou o mínimo social a ser institucionalizado como elemento constitucional, como o quer Rawls.

Na visão de Pogge, a estratégia de se conceber o primeiro princípio da justiça, com o mínimo social inserto, é a melhor porque evidencia que necessidades econômicas e sociais devem estar vinculadas, ou, quando muito, estipuladas a par dos interesses de ordem suprema. Apesar das diferenças interpessoais, as necessidades sociais e econômicas se tornam mais plausíveis quando o montante relevante dos benefícios econômicos e sociais é definido de modo abstrato em termos de “bens primários”, como renda ou benefícios (arroz, etc.).

Mas, daí, assevera Pogge, o primeiro princípio deve sustentar um arcabouço institucional que se possa assegurar, se possível, uma garantia a todos os cidadãos de participar, em quantidade suficiente, dos bens sócio-econômicos para saciar as necessidades sociais e econômicas básicas de um ser humano normal, de um sistema social.⁹⁰ Quais seriam

reflect a plurality of political conceptions, all of which are defensible, if competing, reconstructions of a more abstractly shared and general vision of a democratic society.” (Michelman, 2003, p. 398)

⁸⁹ JFR, II, § 13, p. 47-48.

⁹⁰ Thomas POGGE, *Realizing Rawls*, p. 143.

esses bens, como seria esse mínimo social? Embora existam divergências, é claro, entre diversos autores e, mesmo, nas discussões rotineiras, devemos levar em conta que as necessidades sociais e econômicas básicas comuns são consideradas dentro de um sistema social.

“Quando as pessoas normais diferem, este mínimo – o mesmo para todos – é definido como aquilo que é suficiente para as necessidades maiores (dentro das condições normais). Eu me refiro às necessidades sociais e econômicas básicas, assim definidas, como os padrões de necessidades sociais e econômicas básicas de um sistema social. Podemos definir grande parte destes padrões de necessidades sociais e econômicas básicas sem maiores problemas. Seres humanos necessitam comer e beber, de roupas e de abrigo, de alguma interação incluindo educação e assistência (na infância e na velhice, por exemplo). Portanto, é racional que, em nome dos seus interesses, se requeira um esquema institucional que assegure aos participantes a satisfação dessas necessidades. Em sociedades mais tradicionais, este requerimento pode ser melhor satisfeito por meio da família solidária ou por estruturas de assistência em forma de um tipo de ‘caridade organizada’. Nas sociedades modernas, os direitos legais efetivos devem ser presumivelmente necessários, mas essa necessidade parece ser um último recurso. As necessidades sociais e econômicas básicas podem ser satisfeitas sem um sistema de bem-estar (welfare system) bem elaborado ou com ajuda governamental, se as instituições econômicas minimizarem o desemprego, por exemplo, e incluírem provisões adequadas de seguros para vários tipos de contingências e, também, provisões para a aposentadoria.”⁹¹

Podemos interpretar que Eduardo Matarazzo Suplicy⁹², de certo modo, tem algumas convergências com Pogge, principalmente, no que diz respeito às provisões econômico-sociais, em prol dos que estão em pior situação: “Pode-se criar um sistema pelo qual se recolha mais dos que mais têm, a fim de então se assegurar a todos o suficiente para viver com dignidade. Dessa maneira, uma garantia de renda mínima a todas as pessoas procura atender aos dois princípios definidos por Aristóteles: a justiça distributiva deve tratar

⁹¹ “When normal persons differs, this minimum – the same for all – is defined so that it suffices for the greater needs (within the normal range). I refer to basic social and economic needs, so defined, as the standard basic socioeconomic needs within some social system. What these standard basic socioeconomic needs are is in large part straightforward. Human beings need food and drink, clothing and shelter, as well as some interaction including education and care (for example, in childhood and old age). Hence it is rational in their behalf to require of an institutional scheme that it assure its participants that they can meet these needs. In more traditional societies this requirement might best be satisfied through a solidaristic family or kinship structure coupled with some form of organized charity. In modern societies effective legal rights would presumably be necessary, but these need figure only as a last resort. Basic social and economic needs can be met without an elaborate welfare system or government ‘handouts’ – if economic institutions minimize unemployment, for example, and include adequate insurance provisions for various contingencies and retirement.” (Pogge, 1989, p. 144, grifo nosso)

⁹² Como senador da República, Eduardo Suplicy é o autor do Projeto de Lei do Senado n.º 80, de 1991, que institui o Programa de Garantia de Renda Mínima (PGRM).

desigualmente aos desiguais para torná-los iguais; e a justiça política, tratar igualmente a todos, depois que a justiça distributiva os igualizou.”⁹³

Nosso posicionamento é o seguinte. Na interpretação de Pogge, do primeiro princípio de Rawls, se faz necessária a implementação do mínimo social, antes mesmo de se requerer a aplicação do segundo princípio da justiça, que, devido a seu caráter complementar, viria apenas a aparar as arestas do sistema social e econômico e balizá-lo de forma a reforçar o primeiro princípio da justiça. Pois então, vejamos:

“Alguém pode sustentar que o primeiro princípio do tipo ‘mínimo social’ é uma condição institucional necessária para que tenham alguma significação as liberdades e direitos básicos associados com a liberdade e a integridade da pessoa, as liberdades políticas básicas, e o Estado de Direito. Quando as pessoas não conseguem adquirir alimentos ou habitação, ou quando têm acesso restrito à educação ou à assistência social básica, eles ainda podem ter os direitos de titularidade de propriedade privada ou a concorrer a cargos públicos eletivos (liberdade legal efetiva: effective legal freedom), mas elas mal podem começar a desfrutar ou a exercer plenamente esses direitos básicos (liberdade válida, digna, que vale a pena: worthwhile freedom). Para eles, o resultado pode ser que a integridade da pessoa seja protegida contra a violência e até mesmo contra colapsos pela privação de alimentos e habitação. Para a sociedade, em geral, a falta dessas proteções pode significar que um segmento da população não pode participar plenamente do sistema legal, do processo político e da vida associativa.”⁹⁴

Essa leitura de Rawls, por Pogge, é o outro aspecto fundamental se formos encarar a justiça além do discurso jurídico, como prenunciamos ao final do tópico anterior desta dissertação. Não é o bastante instituir os elementos constitucionais contidos no primeiro princípio da justiça se não houver condições mínimas de existência para os cidadãos, como seres humanos dignos e participantes de uma sociedade constitucional contemporânea.

⁹³ Eduardo Matarazzo SUPPLY, *Renda de cidadania: a saída é pela porta*, p. 34.

⁹⁴ “One can defend the first-principle social minimum analogously, as an indispensable institutional condition necessary for making meaningful the basic rights and liberties associated with the freedom and integrity of person, the basic political liberties, and the rule of law. When persons cannot afford food or shelter or when they lack access to education or basic care, they can still have rights to hold personal property or to run for public office (effective legal freedom) but can hardly begin to enjoy or fully to exercise these basic rights (worthwhile freedom). For them the result may be that the integrity of the person is protected against violence even while it collapses through deprivation of food and shelter. For society at large, it may be that a segment of its population cannot (fully) participate in its legal system, political process and associational life.” (Pogge, 1989, p. 145, grifo nosso)

O primeiro princípio da justiça, na acepção de Sônia Felipe, assume proporções praticamente revolucionárias já que estabelece liberdade igual para todos, no âmbito das instituições econômicas: “a qualificação de cada cidadão para que possa escolher de acordo com sua vontade e habilidades naturais, a profissão ou profissões que quer desempenhar como contribuição à sociedade e ao seu pleno desenvolvimento como sujeito representativo, na totalidade da produção e da cooperação que assegura a manutenção da vida social.”⁹⁵

Num comentário, Álvaro de Vita demonstra que, em Rawls, há uma distinção entre as liberdades fundamentais e o “valor” dessas mesmas liberdades fundamentais. Essa diferenciação é importante para notarmos que Rawls não está meramente adstrito às liberdades formais, mas, sim, com uma concepção de liberdade que seja efetiva (positiva). O importante, em termos de justiça social, é o que as pessoas conseguem fazer com seus direitos e liberdades. Não é somente uma questão de tê-los, mas de saber usá-los:

“Em uma sociedade liberal justa, as liberdades fundamentais são iguais para todos – elas definem uma estrutura institucional que garante os mesmos direitos, isenções, prerrogativas e oportunidades para todos. A pobreza e a ignorância incapacitam uma pessoa de se valer desses direitos e oportunidades que lhes são institucionalmente garantidos. E, como Rawls admite, mesmo em uma sociedade bem ordenada os que têm mais renda e riqueza estarão sempre mais bem posicionados para tirar proveito desses recursos institucionais.” (Vita, 2000, p. 216, grifo nosso)

CONCLUSÃO

Como vimos a tensão entre o público e o privado encontra uma relação entre a autoridade e a liberdade dos particulares. O ético cede lugar ao jurídico nas sociedades contemporâneas, balizadas pelo imediatismo e pelo esquema de produção, tal como uma linha de montagem. Nesta instrumentalização das relações sociais, há um risco de as pessoas serem

⁹⁵ Sônia FELIPE, Rawls: uma teoria ético-política da justiça, in: Manfredo A. de OLIVEIRA, *Correntes fundamentais da ética contemporânea*, p. 140.

também percebidas como instrumentos, como meios para a realização dos fins de outras pessoas que controlam o Estado, o titular dos interesses públicos.

Há de se repensar a ordem jurídica, pois esta se tornou extremamente fechada e, de certo modo, distante da realidade factual. Os populares dizem freqüentemente que, algumas vezes, algo pode ser legal, mas injusto. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas pretende resgatar a dimensão ética do Direito, promovendo maior participação popular, em forma de “comunidade ideal de falantes”.

A ordem jurídica pode ser perfeita como sistema, porém, não pode ignorar a realidade, nem ser utilizada como pretexto para a manipulação das pessoas (maioria ou minoria, conforme o contexto), somente para satisfazer aqueles que conseguiram chegar ao domínio do Estado. Há de se ter maior proteção, não somente contra as arbitrariedades, mas também contra o próprio sistema. Igualmente, a ordem jurídica não pode ser assim tão fechada a ponto de ignorar os anseios populares, sendo conduzida tão-somente como uma técnica de controle social, como preceituava a rigidez jurídica do positivismo de Hans Kelsen.

A distância entre o Direito e a realidade também é sentida na teoria da justiça de John Rawls. Além de proteger as liberdades e os direitos básicos para todos, há necessidade de se prever condições de existência para as pessoas. Então, para se falar em justiça o Direito não pode mais se valer somente das formalidades, pois para legitimar-se diante de um cenário de desigualdade social, deve primar também para a implementação de condições de acesso e fruição de bens primários para todos, para que possam realmente desfrutar dos seus direitos e liberdades.

Como verificado, o Poder Constituinte Originário inova a ordem jurídica. Os princípios da justiça de Rawls, combinados com a ação comunicativa de Habermas, podem ser o início interessante para a construção de uma sociedade realmente justa, em termos

formais e materiais, aliando justiça social e efetiva participação democrática. A partir destes pilares, pode ser erigida uma Constituição justa, de fato e de Direito.

BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14.^a ed. São Paulo (SP): Malheiros Editores, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10^a ed. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília (DF): Editora Universidade de Brasília, 1999. Traduzido de: *Teoria dell' ordinamento giuridico*.

BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Vol. 1 e 2. 7.^a ed. Traduzido por Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília (DF): Editora UnB, 1995.

BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. Rawls e seus críticos: revisitando a teoria da justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 40, julho/setembro 2002. p. 183-204.

BOUCHER, David e KELLY. *The social contract from Hobbes to Rawls*. 1.^a ed. London (UK): Routledge, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de sociologia jurídica (Você conhece?)*. 8.^a ed. Rio de Janeiro (RJ): Editora Forense, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 21.^a ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2000.

DELACAMPAGNE, Christian. *A filosofia política hoje*. 1. ed. Traduzido por Lucy Magalhães; revisão técnica por Danilo Marcondes. Rio de Janeiro (RJ): Jorge Zahar Editor, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 1.^a ed. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo (SP): Martins Fontes, 1999. Traduzido de *Law's empire* (1986).

_____. *Uma questão de princípio*. 2.^a ed. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2001. Traduzido de *Matter of principle* (1986).

_____. *Levando os direitos a sério*. 1.^a ed. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2002. Traduzido de *Taking rights seriously* (1978).

FELIPE, Sônia. Rawls: uma teoria ético-política da justiça. In: OLIVEIRA, Manfredo A. *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 1. ed. Petrópolis (RJ): Editora Vozes, 2000. p. 133-162.

FERNÁNDEZ, Pablo Sergio. Habermas y la crítica a la sociedad, in: *Cinta de Moebio Revista Eletrônica de Epistemología de Ciências Sociais*, n.º 1. Santiago: Facultad de Ciências Sociales, Universidad de Chile, 1997. URL: <http://www.moebio.uchile.cl/01/frames30.htm> . Acesso em 30 de abril de 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3.^a ed. São Paulo (SP): Saraiva, 1999.

FREEMAN, Samuel. Introduction. In: _____. *The Cambridge companion to Rawls*. 1. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003. p. 1-61.

GUTMANN, Amy. The central role of Rawls's theory. *Dissent*, n. 36, 1989. p. 338-342.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Vol. 1 e 2. 1.^a ed. Traduzido do alemão por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro (RJ): Tempo Brasileiro, 1997. Traduzido de *Fakzität und geltung. Beiträge zur diskurstheorie des reichs und des demokratische rechtistaats*. 4.^a ed.

_____. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Traduzido para o espanhol por Manuel Jiménez Redondo. Valência: Universidad de Valencia, 2000. URL: <http://www.ucm.es/info/eurotheo/habermas.htm>. Acesso em 8 de abril de 2002. Traduzido de *Erläuterungen zur diskursethik* (1991).

_____. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe & MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. Traduzido por Cláudio Mols e Tito Lívio Cruz Romão. 1.^a ed. São Paulo (SP): Landy Editora, 2003. p. 67-82.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de Direito*. 2.^a ed. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HERRERO, F. Javier. Ética do discurso, in: Manfredo A. de Oliveira (org.), *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 1.^a ed. Petrópolis (RJ): Editora Vozes, 2000. pp. 163-192.

KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*. 4.^a ed. Traduzido por Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro (RJ): Ediouro Publicações. Traduzido de *Der praktischen vernunft*.

_____. *Doutrina do direito*. 1.^a ed. Ícone Editora, 1993.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 1.^a ed. São Paulo (SP): Martin Claret, 2002. Traduzido de *Grundlegung metaphysik der sitten*.

_____. *A metafísica dos costumes*. 1.^a ed. São Paulo (SP): Edipro, 2003. Traduzido de *Die metaphysik der sitten*.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3.^a ed. 2.^a tiragem. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo (SP): Martins Fontes, 1998. Traduzido de *General theory of Law and State*.

_____. *O que é justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3.^a ed. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2001. Traduzido de *What is justice?*

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4.^a reimpressão. São Paulo (SP): Companhia das Letras, 1988.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Tradução por Marcelo Pimenta Marques. São Paulo (SP): Edições Loyola, 1991. Traduzido de: *Whose justice? Wich rationality?* (1988).

MATTELART, Armand e Michelle. *Histórias das teorias da comunicação*. Tradução por Luiz Paulo Rouanet; revisão por Maurício Balthazar Leal. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001. Traduzido de *Histoire dès théories de la communication*.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27.ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo (SP): Malheiros Editores, 2002.

MICHELMAN, Frank I. Rawls on constitutionalism and constitutional law. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. 1. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003. p. 394-425.

NAGEL, Thomas. Rawls and liberalism. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. 1. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003. p. 62-85.

NOVAES, Adauto (org). *Ética*. 1.ª ed. 3.ª reimpressão. São Paulo (SP): Companhia das Letras, 1994.

NOZICK, Richard. *Anarquia, estado e utopia*. 1.ª ed. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro (RJ): Jorge Zahar Editor, 1991. Traduzido de *Anarchy, state and utopia* (1974).

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Ética e racionalidade moderna*. 1ª ed. São Paulo (SP): Edições Loyola, 1993. p. 9-39.

POGGE, Thomas W. *Realizing Rawls*. Ithaca e Londres: Cornell University Press, 1989.

POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. 2. ed. Traduzido por Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília (DF): Editora Universidade de Brasília, 1994. Traduzido de *Kritischer rationalismus und social demokratie* e de *Theorie und politik aus kritiscarationaler sicht*.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução por Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves; revisão técnica por Gildo Rios. 1.^a ed. 2.^a reimpressão. São Paulo (SP): Martins Fontes, 1997.

Tradução de *A theory of justice* (1971). Abreviação: TJ.

_____. *Justiça e democracia*. Seleção, apresentação e glossário por Catherine Audard; traduzido por Irene A. Paternot. 1.^a ed. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2000.

Tradução de *Justice et démocratie*. Abreviação: JD.

_____. *O liberalismo político*. Traduzido por Dinha de Abreu Azevedo; revisão da tradução por Álvaro de Vita. 2.^a ed. São Paulo (SP): Editora Ática, 2000b. Tradução de *Political liberalism* (1993). Abreviação: LP.

_____. *O direito dos povos*. 1.^a ed. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2001. Abreviação: DP.

_____. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Massachusetts e Londres, Inglaterra: Harvard University Press, 2001. Abreviação: JFR.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24.^a ed. São Paulo (SP): Saraiva, 1998.

ROUANET, Luiz Paulo. *O conceito de razoável na história da filosofia: de Hume a Rawls*. Projeto de pesquisa. Campinas (SP): PUC-Campinas, 2001.

_____. *Rawls e o enigma da justiça*. Uma análise do direito dos povos de John Rawls. 1. ed. São Paulo (SP): Unimarco Editora, 2002.

_____. Rawls e a questão da justiça social. *Phrónesis Revista de Ética*, v. 5, n. 1, janeiro-junho 2003a, p. 11-24.

_____. Justiça como equidade: uma proposta brasileira. *Social Democracia Brasileira*, n. 7, ano 2, maio-junho 2003b, p. 17-23.

_____. Igualdade complexa e igualdade de renda no Brasil. In: MERLE, Jean-Christophe & MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimação*. 1. ed. São Paulo (S): Landy Livraria, 2003c, p. 385-394.

- SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*. 1. ed. São Paulo (SP): Malheiros Editores, 2000.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19.^a ed. São Paulo (SP): Malheiros Editores, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4.^a ed. São Paulo (SP): Malheiros Editores, 2000.
- SUPLICY, Eduardo Matarazzo. *Renda de cidadania. A saída é pela porta*. 1. ed. São Paulo (SP): Cortez Editora e Fundação Perseu Abramo, 2002.
- VITA, Álvaro de. *Justiça liberal: Argumentos liberais contra o neoliberalismo*. São Paulo (SP): Paz e Terra, 1993.
- _____. *A Justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo (SP): Edunesp, 2000.
- _____. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. <http://www.scielo.br/cgi-bin/fbpe/fbtext?got=last&pid=S0102-69091999000100003&lng=en&nrm=iso>. 30 abril 2001.
- _____. Justiça distributiva: a crítica de Sen a Rawls. <http://www.scielo.br/cgi-bin/fbpe/fbtext?got=last&pid=S0011-52581999000300004&lng=en&nrm=iso>. 30 abril 2001.
- WEFFORT, Francisco. *Os clássicos da política I*. 7.^a ed. São Paulo (SP): Editora Ática, 1996.
- YABIKU, Roger Moko. *A justiça além do discurso jurídico: ensaio sobre o neocontratualismo de John Rawls*. Dissertação de mestrado. Campinas (SP): Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), 2004.