

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
MESTRADO EM FILOSOFIA

PAULO RENATO VITÓRIA

**JUSTIÇA E PODER DISCRICIONÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: UMA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL FUNDADA NA DIGNIDADE**

Porto Alegre

2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
MESTRADO EM FILOSOFIA

PAULO RENATO VITÓRIA

**JUSTIÇA E PODER DISCRICIONÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: UMA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL FUNDADA NA DIGNIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à conclusão do Mestrado em Filosofia da
Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da
Pontifícia Universidade Católica do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Thadeu Weber.

Porto Alegre

2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
MESTRADO EM FILOSOFIA

PAULO RENATO VITÓRIA

**JUSTIÇA E PODER DISCRICIONÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO: UMA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL FUNDADA NA DIGNIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à conclusão do Mestrado em Filosofia da
Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da
Pontifícia Universidade Católica do Rio
Grande do Sul.

Aprovada em 18 de julho de 2007.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Thadeu Weber (Orientador)

Prof. Dr. Nythamar Hilário Fernandes de Oliveira (PUCRS)

Prof. Dr. Ricardo Aronne (FADIR/PUCRS)

Porto Alegre

2007

Este trabalho é dedicado a todas as pessoas que, de alguma forma, lutam por um mundo mais justo e que, apesar de todas as dificuldades encontradas pelo caminho, seguem acreditando incondicionalmente na vitória.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Thadeu Weber, meu orientador, pessoa ímpar, a quem devo a possibilidade de apresentar esta dissertação. Sem dúvida, este trabalho jamais seria possível sem a sua contribuição e confiança.

Ao professor e amigo Ricardo Aronne, a quem devo meu interesse inicial pela pesquisa acadêmica e muitas das idéias que defendo em minha vida.

Aos amigos de todas as horas: Cadú, Félix, Fillipe, Leonardo, Maurício, Michel, Atahualpa e Rodrigo (Kigo), pelas intermináveis discussões e pelo apoio incondicional.

À Patrícia, minha companheira, por ter aparecido em minha vida e participado ativamente deste importante momento, me levando a repensar muitas idéias contidas nestas páginas.

Aos meus pais, Renato e Denise, pelo apoio moral e financeiro, sem os quais a presente pesquisa não poderia ser realizada.

Aos meus avós, Irma e Erny, por todo o apoio e pelo exemplo de amor e bondade que representam para minha vida.

À CAPES, pela bolsa de estudos.

Por fim, à todas as pessoas (não foram poucas) que, de alguma forma, acreditaram neste trabalho.

“Foi por um formigueiro que começaram as honradas formigas, e é provável que tal seja também o termo da sua carreira, o que faz honra à sua constância e ao seu senso prático. Mas o homem é um ser versátil, e é possível que, à semelhança do jogador de xadrez, não ame senão a ação mesma e não o fim de atingir. E quem sabe (não se pode garantir), é possível que o único fim para o qual tende a humanidade não consista senão nesse esforço, nessa ação; ou, por outra: a vida não teria fim exterior, o qual não pode evidentemente ser senão aquele “duas vezes dois igual a quatro”, isto é, uma fórmula. Ora senhores, “duas vezes dois é igual a quatro” é um princípio de morte e não um princípio de vida. Em todo caso, o homem sempre teve medo desse “duas vezes dois é igual” a quatro, e eu também tenho.”

Fiódor Dostoievski (*Memórias do subsolo*)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo uma análise do poder discricionário inerente à atividade jurisdicional, no âmbito do Estado democrático de direito brasileiro. Pretende apresentar alternativas ao positivismo jurídico, mostrando que a concepção de justiça vigente em uma comunidade ética é fundamentada em valores construídos historicamente e defensáveis diante de um auditório universal e que a interpretação mais razoável é a que aproxima tais valores dos casos concretos, elevando a discussão jurídica sempre ao nível dos fundamentos morais do sistema. Defende-se que tais fundamentos possuem como único limite uma concepção política de justiça universalizável, baseada em princípios que possibilitam o livre e autônomo desenvolvimento das mais diferentes formas de racionalidade em condições equitativas de oportunidades e preservam prioritariamente as liberdades básicas fundamentais. É defendida a idéia de que a fundamentação material do sistema brasileiro é o resultado da interação dialética argumentativamente ponderada entre as chamadas dimensões de direitos fundamentais, resultando na idéia de dignidade proposta aqui como valor fundamental deste sistema. Trata-se de uma interpretação possível do papel a ser desempenhado pelos juízes, levando-se em consideração uma leitura do sistema vigente, tida aqui não só como razoável, mas também como viável.

Palavras-Chave: Justiça – discricionariedade – Estado democrático de direito – dignidade

RESUMEN

El presente estudio tiene por objetivo el análisis del poder discrecional inherente a la actividad jurisdiccional, en el ámbito del Estado democrático del derecho brasileño. Pretende presentar alternativas al positivismo jurídico, demostrando que la concepción de justicia vigente en una comunidad ética es fundamentada en valores construídos históricamente y defensible frente a un auditorio universal y que la interpretación más razonable es la que aproxima esos valores de los casos concretos, elevando la discusión jurídica siempre al nivel de los fundamentos morales del sistema. Se defiende que tales fundamentos poseen como único límite una concepción política de justicia universalizable, basada en principios que posibilitan el libre y autónomo desarrollo de las más distintas formas de racionalidad en condiciones equitativas de oportunidades y preservan prioritariamente las libertades básicas fundamentales. Es defendida la idea que la fundamentación material del sistema brasileño es el resultado de la interacción dialéctica argumentativamente ponderada entre las llamadas dimensiones de derechos fundamentales, resultando en la idea de dignidad propuesta aquí como valor fundamental de este sistema. Se trata de una interpretación posible del papel a ser desempeñado por los jueces, llevándose en consideración una lectura del sistema vigente, comprendida aquí no solamente como razonable sino también como viable.

Palabras Clave: Justicia – discrecionalidad – Estado democrático de derecho – dignidad

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	15
1.1 A impossibilidade de uma ciência pura do direito.....	15
1.2 O sistema jurídico e sua função.....	20
1.3 A necessária aproximação entre direito e moral.....	25
1.4 O pensamento sistemático.....	28
2 RAWLS E A CONCEPÇÃO POLÍTICA DE JUSTIÇA	33
2.1 A “justiça como equidade”.....	33
2.2 O princípio da diferença, a propriedade dos meios de produção e a relatividade das “vantagens aos menos favorecidos”.....	40
2.3 O etnocentrismo rawlsiano e o problema da razão ahistórica.....	49
3 JUSTIÇA E RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA EM PERELMAN	54
3.1 Apresentação.....	54
3.2 Lógica formal x lógica jurídica: o racional e o razoável.....	56
3.3 O auditório universal como construção histórica.....	59
3.4 Os valores como fundamento relativo e abstrato de todas as concepções morais.....	61
3.5 Justiça formal e justiça material: a superação do positivismo e do procedimentalismo.....	63
3.6 A justiça na prática: matéria x forma (o que está em jogo).....	72
4 O FUNDAMENTO MATERIAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	78
4.1 A evolução histórica dos direitos fundamentais.....	78
4.2 A dignidade como equilíbrio argumentativamente ponderado entre os direitos fundamentais.....	84
4.3 A dignidade como imperativo argumentativo.....	86
4.4 Uma concepção possível de dignidade.....	89
4.5 Mínimo vital: dignidade material e dignidade espiritual.....	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

INTRODUÇÃO

Um trabalho científico não é algo isolado do resto do mundo. Ao contrário, manifesta-se como fruto da observação sistemática e metodologicamente ordenada de um objeto de estudo, por parte de um ser humano, ambos inseridos em um complexo contexto. Por mais que ambicione uma total independência dos fatores que são externos ao seu objeto de estudo, o cientista realmente comprometido em buscar resultados úteis para a sociedade em que vive, deve reconhecer sua limitada condição humana, reconhecendo-se, por conseguinte, como parte de um todo. A influência é recíproca. O meio no qual o cientista encontra-se inserido, na medida em que o constrói como indivíduo, pode ser mutuamente influenciado pelas suas ações.

Assim, justifica-se (ou melhor, tenta-se justificar) a abordagem feita pela presente pesquisa. Optou-se, inicialmente, por uma análise estrita de alguns pontos relativos ao poder discricionário do juiz de direito no âmbito do Estado democrático de direito brasileiro, tema este que, por si só, já parece amplo. Cada idéia que se desenvolvia, no entanto, gerava muito mais dúvidas do que certezas, muito mais possibilidades a serem desbravadas do que afirmações seguras a serem defendidas. Os dois anos dedicados à presente pesquisa foram intensamente instigantes e a idéia foi ganhando novos horizontes. Não havia como deixar de lado as inúmeras inquietações que surgiam a cada dia.

Destas inquietações, ganharam força muitos questionamentos acerca das mais diversas implicações que cada idéia podia receber. Todas elas pareciam decisivas e fundamentais. Assim, o tema estudado, ao passo que se tornava mais amplo, ganhava cada vez mais sentido e as idéias pareciam cada vez mais razoáveis. Obviamente, não se encerrou nenhum assunto, mas foram encontrados diversos aspectos extremamente relevantes, que podem ser desenvolvidos em futuras pesquisas. Talvez seja esta a principal relevância deste trabalho.

Buscou-se fundamentar filosoficamente a relação entre uma concepção razoável de justiça (aliando princípios políticos a uma concepção moral historicamente construída) e o

poder discricionário do juiz, no âmbito do Estado democrático de direito. Para tanto, dividiu-se o tema em quatro partes.

A primeira delas é uma espécie de introdução às duas seguintes. Busca fundamentar, através de uma crítica dirigida a um aspecto do positivismo jurídico de Hans Kelsen – a separação que este faz entre direito e moral – uma necessidade de elevar-se a discussão jurídica sempre ao nível dos valores fundamentais de um sistema de direito, através de um pensamento sistemático. Argumenta-se que o direito, tido como instrumento de concretização de uma determinada concepção de justiça, deve buscar uma aproximação entre a realidade de uma sociedade e os valores por ela conquistados historicamente.

No entanto, esta primeira parte, por seu caráter introdutório, não aprofunda exaustivamente nenhum dos temas propostos, apresentando, pura e simplesmente, uma alternativa ao método positivista de interpretação do direito. Ressalta-se que tal alternativa não é suficiente sem uma fundamentação filosófica de um sistema jurídico ideal, e de uma racionalidade que dê conta da fundamentação da razoabilidade dos valores desenvolvidos em um sistema real, uma vez que apenas presume que se tenha um sistema baseado em valores justos.

Sem uma constituição justa, ou pelo menos baseada em valores justos, o pensamento sistemático incorre no mesmo problema do positivismo jurídico, com a diferença de que este admite a aplicação irrestrita de regras injustas e aquele aceitaria, neste caso, a concretização de valores injustos. Portanto, faz-se necessário que se busque uma fundamentação filosófica que permita o estabelecimento de um ponto de partida para a elaboração de uma constituição justa (num caso ideal) ou a análise e a adaptação – ou mesmo, leitura – justa de uma constituição existente (num caso real). O pensamento sistemático necessita, portanto, de uma teoria da justiça.

Nesse sentido, a teoria de John Rawls (que concebe a justiça como equidade), apresenta uma alternativa que parece fornecer um fundamento filosófico para um sistema equitativo. Uma situação hipotética é criada, onde são imaginadas pessoas racionais, livres e iguais, as quais, sob o efeito de um véu de ignorância, desconhecem todos os seus interesses particulares, preferências, valores e dotes naturais (embora saibam que possuem

algumas preferências, dotes, valores e interesses). Estas pessoas devem deliberar e encontrar princípios para regulamentar a vida em sociedade.

Como não conhecem seus interesses, as pessoas não possuem razões para estabelecer um sistema baseado em injustiças, uma vez que sabem correr o risco de, na retirada do véu de ignorância, sofrer em função de tais injustiças. Como não conhecem seus valores morais abrangentes, estas pessoas devem optar por um sistema que respeite todos os mais diferentes valores. E assim por diante. Trata-se de uma concepção de justiça procedimental pura, pois decorre, desde o seu princípio, de um procedimento equitativo. A partir desta situação, Rawls discute algumas alternativas possíveis e considera razoável que as pessoas estabeleçam dois princípios políticos de justiça, os quais supostamente atingiriam um consenso sobreposto às concepções morais abrangentes.

Este segundo capítulo tem o propósito de discutir alguns aspectos desta teoria da justiça, para, guardadas algumas pequenas ressalvas (porém importantes), adotar os princípios desenvolvidos por Rawls como limites de uma razão pública razoável. A adoção destes princípios tem o propósito claro de possibilitar que cada cultura desenvolva livremente seus valores, sua racionalidade e seja respeitada, desde que, é claro, também respeite tais princípios.

A partir da análise de uma teoria ideal, encontra-se subsídio para orientar-se uma leitura ideal de um sistema real, no caso o brasileiro. No entanto, não se podem ignorar as aspirações reais desta sociedade, tampouco os seus valores, construídos historicamente mediante lutas e conquistas sociais. Deste modo, surge a necessidade de um estudo acerca de uma teoria que fundamente a existência de valores como fonte mais elevada, mesmo que relativa e arbitrária, de um sistema jurídico.

Por essa razão, recorre-se, no terceiro capítulo da presente pesquisa, aos ensinamentos de Chaïm Perelman, em sua obra *Ética e Direito*. Primeiramente, parte-se de uma distinção que este autor faz entre a lógica formal, comumente utilizada em sistemas matemáticos (mas que também influenciou fortemente o positivismo jurídico e científico, de um modo geral), e a lógica jurídica, essencialmente argumentativa e voltada ao convencimento razoável de um auditório universal pertencente a uma comunidade histórica. A partir deste ponto, passa-se para um aprofundamento de algumas das idéias

essenciais deste autor, enfatizando-se a sua prioridade em relação às concepções de justiça material, por vezes em detrimento da justiça formal.

Até este ponto, a discussão em torno do poder discricionário do juiz no Estado democrático de direito fica formalmente fundamentada. Seguindo-se o raciocínio desenvolvido até aqui, há um poder discricionário inerente à atividade judicial. Entretanto, os juízes devem interpretar o sistema a partir dos valores fundamentais, os quais devem ser sempre interpretados à luz dos dois princípios políticos de justiça. A racionalidade argumentativa exclui a obstrução, através de procedimentos formais, da concretização material dos valores fundamentais de um sistema de direito.

Entretanto, na medida em que o presente trabalho pretende analisar o sistema brasileiro, em especial, faz-se necessário que se desenvolva uma idéia, mesmo que não exaustivamente, acerca do significado do valor fundamental deste sistema. Daí decorre o subtítulo da dissertação: *uma interpretação possível fundada na dignidade*. Como o próprio nome diz, trata-se de apenas de uma interpretação. Possível, porque baseada exclusivamente nos valores fundamentais de um sistema constitucional vigente e não requer nenhuma modificação legislativa para ser aplicada.

O último capítulo deste estudo assemelha-se ao primeiro em certo sentido, posto que sua função não é esgotar o tema abordado, mas expor algumas idéias coerentes com o restante do trabalho. Se o primeiro capítulo serve como uma espécie de introdução aos dois seguintes, o quarto pode ser tido como uma espécie de resultado da pesquisa realizada, através da interação entre os argumentos trabalhados.

A *dignidade*, conforme concebida no presente trabalho, é o resultado de uma interação dialética, no sentido hegeliano, argumentativamente ponderada entre as chamadas dimensões de direitos fundamentais, de modo que uma dimensão de direitos, na medida em que supera a anterior, conserva e delimita o conteúdo de todas as anteriores. Desta forma, surge a idéia de um *Estado socioambiental e democrático de direito*, considerando-se a constitucionalização de uma terceira dimensão de direitos fundamentais.

Assim, partiu-se para uma análise, de certa forma breve, da evolução histórica dos direitos fundamentais, para apresentar-se um conceito de *dignidade*, tido como *imperativo argumentativo* – através de uma conjugação do termo utilizado por Kant para definir o

mandamento absoluto da razão pura (imperativo categórico) com o modelo de racionalidade defendido por Perelman (racionalidade argumentativa). O resultado é um imperativo histórico, vigente em uma determinada sociedade específica, a brasileira, o qual é tido como razoável e, de certa forma, necessário diante do contexto histórico em que se encontra inserido, o qual clama pela efetividade dos direitos fundamentais e pela igualdade material, através de uma redistribuição de rendas, riquezas, terras e oportunidades, e pela modificação na lógica do sistema, desenvolvendo-se alternativas ao individualismo e ao egoísmo, característicos do modo de produção capitalista.

No final, são desenvolvidas algumas idéias intuitivas que se relacionam a um mínimo vital, que caracterizaria, na prática, o mínimo de condições necessárias para que se tenha como concretizado o valor fundamental do sistema brasileiro. O mínimo vital é tido como necessário para o pleno desenvolvimento da *dignidade* de uma pessoa, para que esta possa exercer plenamente a sua liberdade. De acordo com este entendimento, uma pessoa somente poderá ser livre se todas as demais também o forem.

As pretensões do presente trabalho são modestas. Poder-se-á considerá-lo como exitoso se alguns de seus pontos vierem a instigar novas investigações. Se proporcionarem alguma reflexão acerca dos temas propostos. Se merecerem críticas construtivas. Não se espera, com este estudo, proporcionar ao leitor certezas absolutas. Dúvidas e questionamentos já são o suficiente.

1 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

1.1 A IMPOSSIBILIDADE DE UMA CIÊNCIA “PURA” DO DIREITO

O positivismo científico surge como uma alternativa racional da modernidade, no sentido de se substituir o misticismo e as crenças religiosas medievais por respostas científicas objetivas e impessoais¹. A concepção positivista teve também seus reflexos no direito, a partir da outorga, em 1803, do Código de Napoleão. Surge então, na França, um movimento conhecido como *Escola da Exegese*, para quem o juiz deveria fazer o papel semelhante ao de uma máquina, com a função de aplicar a lei, em seu sentido literal, ao caso concreto, impedindo, desta forma, a possibilidade de qualquer abertura no sistema. Para os exegetas, o juiz não possui qualquer poder discricionário e todas as respostas estariam previstas pela lei. Da mesma forma, na Alemanha, já em 1896, com a promulgação do BGB, o positivismo ganhava força com a *Escola Pandectista*².

Já quase na metade do século passado (precisamente em 1934), uma nova e engenhosa tentativa de fortalecer a concepção positivista do direito foi empreendida por Hans Kelsen, que desenvolveu a idéia de que existe uma ciência pura do direito, separada das demais ciências. Tal modelo foi cuidadosamente delimitado pelo jurista em sua obra intitulada *Teoria Pura do Direito*, e ainda serve como uma espécie de referência teórica para muitos estudantes de direito.

Desde o princípio, Kelsen ressalta que sua pretensão não é a de apresentar uma teoria política ou sociológica do direito, mas de restringir-se aos limites de uma ciência

¹ “O racionalismo moderno pregou o triunfalismo da Razão. Contra todas as formas de obscurantismo (religioso, místico, metafísico, etc.), os homens do Iluminismo acreditavam piamente no futuro, na perfectibilidade da espécie humana sob o patrocínio exclusivo da Razão. Esta confiança ingênua e cega na Razão e seus artifícios converteu-se numa espécie de religião. A Revolução francesa permitiu ao racionalismo apoderar-se do poder. Uma vez instalado, organizou o culto artificioso da deusa Razão.” JAPIASSÚ, Hilton. *A crise da razão e do saber objetivo: as ondas do irracional*. São Paulo: Letras e Letras, 1996, p. 21.

² Sobre a evolução do conceito de sistema jurídico, bem como das conseqüentes escolas de interpretação, ver CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

jurídica pura, excluindo, para tanto, tudo o que não pertença ao seu objeto de estudo. Desta forma, estabelece seu princípio metodológico fundamental, que implica em apreender as normas sob uma perspectiva exclusivamente jurídica, alheia ao mundo dos valores, tidos como irracionais.

Quando a si própria designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é seu princípio metodológico fundamental.³

O que Kelsen chama de “pureza” é justamente essa pretensão de neutralidade moral – a qual atribui à ciência do Direito, tida como uma ciência das normas, independentemente da realidade – onde o investigador se situa separado de seu objeto de pesquisa e não há qualquer interação entre eles. Assim, não haveria espaço para qualquer poder discricionário por parte de um juiz, uma vez que, nesse viés, o sistema normativo exclui quaisquer valorações. Para ele, a ciência “pura” do direito estaria, assim, afastada da psicologia, sociologia, ética ou ciência política.

Para Kelsen, todas as normas existentes derivam-se de uma maior, abstrata, a qual não pode ser atingida através da razão objetiva. Tal norma não seria, portanto, objeto de conhecimento, mas algo pressuposto. O fundamento do sistema “puro” kelseniano, chamado de *norma fundamental*, paradoxalmente, é algo abstrato.

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no indeterminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).⁴

³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; p. 217.

Fica complicado imaginar um sistema racional baseado numa irracionalidade. A norma fundamental, por ser pressuposta e por estar acima de todo o sistema de direito, pode legitimar legislações arbitrárias e injustificáveis moralmente. As boas intenções e os notáveis esforços de Kelsen, portanto, não bastam. Claus-Wilhelm Canaris classifica teorias como esta de “puramente formais”, na medida em que *subjazem a qualquer ordem jurídica imaginável, ao passo que a unidade valorativa é sempre de tipo material e só poderá realizar-se numa ordem jurídica historicamente determinada*.⁵

Os cuidados de Kelsen quanto à utilização de valores na ciência do direito se devem, principalmente à sua aversão com relação à existência de uma moral absoluta, que esteja acima de todas as demais concepções. Para ele, é necessário que se parta sempre de uma relativização de valores, no sentido de se evitarem abusos de uma doutrina moral unilateral. Assim, o objeto do direito científico puro seria apenas as normas válidas:

A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte. De outro modo, não poderia ela alcançar o seu fim de impor a uma ordem social um critério de medida firme, independente de circunstâncias de tempo e de lugar, sobre o que é direito (justo) e o que é injusto.⁶

Para o autor, a tese de que o direito é essencialmente moral pressupõe uma moral absoluta e atemporal. No entanto, ele deixa de considerar que a fundamentação moral de um sistema de direito pode se dar argumentativamente, diante de valores construídos historicamente e aceitos por uma determinada comunidade ética, em uma determinada época. É certo que tal tese não resolveria completamente o problema, posto que uma comunidade ética real pode desenvolver valores extremamente opressores e interferir na soberania de outras comunidades⁷. Todavia, o que importa é reconhecer que a proposta

⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*; p.27.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; p. 78.

⁷ Conforme se verá nos próximos capítulos, o presente trabalho aponta, como alternativa a este problema, o desenvolvimento de princípios básicos de justiça, universalizáveis (porém históricos, uma vez que devem

apresentada por Kelsen apenas dá as costas ao problema, na medida em que ignora toda a carga axiológica contida na fundamentação material de um sistema de justiça e, conseqüentemente, presente em cada decisão judicial.

Para este autor, as relações humanas somente são objeto de um conhecimento jurídico quando determinadas por normas jurídicas, constituindo o que ele chama de relação jurídica. Uma concepção que assemelha direito e lei, se levada ao extremo, pode também vir a legitimar enormes absurdos, vez que, além de não questionar o conteúdo de uma regra válida, apóia sua legitimidade em uma norma sem conteúdo (ou com conteúdo imaginado, pressuposto). Imaginemos, para fins didáticos, o sistema de direito positivo da Alemanha nazista: a metodologia kelseniana de interpretação do direito legitimaria, através da norma fundamental, uma concepção moral que pressupunha o extermínio de pessoas pertencentes a diferentes etnias. Ressalta-se que Kelsen não só era contra o nazismo, como foi perseguido por ser judeu. Nesse sentido, percebe-se facilmente que o positivismo jurídico, de um modo geral, trouxe muito mais problemas do que os resolveu:

As geniais teorias de laboratório, fruto do racionalismo cartesiano ainda presente e forte, operadas por Kelsen na primeira metade do único século que assistiu a duas guerras mundiais que arrasaram a Europa, podem ser apontadas como o sinal de agonia de um dogmático positivismo determinista de matriz kantiana, que de muito já se revelara insuficiente para descrever a beleza e o horror do homem concreto.⁸

Por essa razão, mesmo que se adote uma perspectiva que considere a legislação vigente como única fonte de direito, há que se reconhecer que a mesma não é moralmente neutra. E, mesmo que se admitisse, para fins meramente argumentativos, que a lei é neutra, a interpretação da lei implica na tomada de decisões, comportando sempre uma margem axiológica⁹. E todos os casos são distintos. Caso contrário, os juízes poderiam ser substituídos por supercomputadores, os quais avaliariam, isentos de valores humanos, cada caso concreto, em busca de respostas “científicas” puras. Neste caso, as decisões, apesar de

levar em consideração a realidade concreta e as necessidades da humanidade em um contexto concreto e complexo), que possibilitem o livre e autônomo desenvolvimento de cada cultura, dentro de tais limites.

⁸ ARONNE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 27.

⁹ Nas palavras de Karl Larenz, existe uma “irreduzível margem de livre apreciação por parte do juiz”. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

não sofrerem a influência de um juiz discricionário, estariam, inegavelmente, vinculadas à vontade do legislador (também humana e discricionária).

Nesse sentido, como já se falou, mesmo que retirada a discricionariedade das mãos do juiz, esta cairia, inevitavelmente, nas mãos do legislador. Admitindo-se, supostamente, que o juiz seja um mero aplicador exegético da lei, há que se reconhecer que a lei é carregada de escolhas morais. E mesmo supondo-se que a lei fosse isenta de valorações, o sistema no qual esta se encontra inserida não o é, posto que sempre fundamentado em uma concepção arbitrária¹⁰ de justiça. Sem falar nas complexas relações de poder que norteiam a escolha destes fundamentos.

Apenas um racionalismo ingênuo julga a razão capaz de encontrar as verdades evidentes e os valores indiscutíveis. Sendo a justiça, desde sempre, considerada a manifestação da razão na ação, o racionalismo dogmático acreditava na possibilidade de desenvolver um sistema de justiça perfeito.¹¹

Para Perelman, *ao ignorar o papel político do direito, a teoria pura do direito não só peca por abstração, mas ainda falseia a realidade jurídica*.¹² O próprio Kelsen reconhece que a fundamentação de um sistema de direito se dá pela moral, mas defende que *a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância com qualquer sistema de Moral*¹³, justamente pelo fato, já exposto, de que considera perigoso que se tenha uma moral absoluta, que exclua valores opostos. Assim, preocupado em relativizar os valores, ele atribui às normas uma primazia, dedicando-se, assim, ao estudo do direito (tido como um sistema fechado de normas) como fenômeno científico, independentemente de sua fundamentação moral. Deste modo, a teoria pura do direito torna-se extremamente fraca, na medida em que se afasta de qualquer realidade concreta.

¹⁰ Dos dois sentidos dados por Perelman para a palavra arbitrariedade (primeiro: uma lei ou ato que contrarie os valores que fundamentam um sistema de justiça é uma lei ou ato arbitrário; segundo: por não existir uma moral absoluta, os valores escolhidos para fundamentar um sistema de justiça serão sempre arbitrários, contingentes), aqui se está utilizando o segundo. Para mais esclarecimentos, ver a terceira parte do presente trabalho ou o próprio texto do autor: PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹¹ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 64.

¹² PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 412

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; p. 76.

Uma tal teoria geral do direito, que não explica nada, que *a priori* dá as costas às realidades de fato, quer dizer, à vida social, e que se preocupa com as normas, sem se preocupar com as suas origens (o que é uma questão metajurídica!), ou de suas relações com quaisquer interesses materiais, não pode pretender analisar o direito, a forma jurídica enquanto forma histórica, pois não visa a estudar a realidade. É por isso, para empregar uma expressão vulgar, que não há muito que se possa tirar dela.¹⁴

Para o cientista preocupado em aproximar uma concepção (qualquer que seja ela) de justiça material e a realidade concreta de uma sociedade, não há como buscar soluções jurídicas em uma ciência do direito alheia ao mundo real, exata e objetiva, pois mesmo que este adote uma postura que almeje uma neutralidade, ao concretizar o direito na prática, ele estará reproduzindo os valores que estão inexoravelmente entranhados no sistema de direito. Não há escapatória. Não existe direito sem valor. Defender ou aceitar a neutralidade ou a “pureza” científica do direito é uma postura que – paradoxalmente – não é nenhum pouco “neutra”, uma vez que pressupõe uma aplicação irrestrita das normas formalmente válidas, negligenciando, não raro, os sentimentos de justiça compartilhados por uma comunidade ética real. Assemelhar direito e lei significa afastar do direito a pretensão de concretização de uma idéia de justiça.

1.2 O SISTEMA JURÍDICO E SUA FUNÇÃO

A idéia de sistema jurídico – e de sistemas científicos, de um modo geral – que se formou a partir da modernidade, eminentemente racionalista, aponta para a formação de sistemas formais fechados e independentes entre si, como o empreendido por Kelsen. Nesse sentido, o desenvolvimento do positivismo jurídico decorre, não apenas de uma idéia (ilusória) de que as ciências seriam neutras, mas também da necessidade de criar-se uma situação de estabilidade e segurança para o desenvolvimento dos direitos individuais conquistados através da Revolução Francesa. Desta forma, a solidificação dos sistemas de

¹⁴ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 16.

direito herméticos, mormente codificados, possui o claro propósito de afirmar a burguesia, antes oprimida pelo poder absoluto, como classe social dominante e preservar seus direitos.

Desse modo e com essa matiz, tomaram prumo código civis deste século, a reboque de algumas codificações anteriores. E entre nós não foi diferente: o Código posto em vigor em 1917 foi perfeito anfitrião ao acondicionar um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo; nele somente especulou-se sobre os que têm e julgou-se o equilíbrio do patrimônio de quem se pôs, por força dessa titularidade material, numa relação reduzida a um conceito discutível de esfera jurídica.¹⁵

A burguesia criou, desta forma, um direito privado – antes inexistente – centrado numa idéia de liberdade, da qual derivam os três principais pilares deste novo direito: contrato, família e propriedade¹⁶. O código civil francês, inspirador do código civil brasileiro, é uma espécie de autobiografia da vida burguesa. A concepção de justiça daí resultante preza pela segurança jurídica, pela igualdade (em sentido estritamente formal) e pela liberdade (representada pelo direito de propriedade e pelo princípio *pacta sunt servanda*). Os sistemas fechados de direito positivo buscaram, assim, através de uma pretensão de completude, criar uma estabilidade, mesmo que artificial, assimilando direito e sistema normativo.

O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina o direito do não-direito; por essa via, fica de fora do sistema o que ao sistema não interessa, como por exemplo as relações indígenas sobre a terra; o modo de apropriação não exclusivo dos bens; a vida em comunhão que não seja a do modelo dado.¹⁷

O sujeito do código civil é, nesse sentido, o proprietário, que possui capacidade de celebrar contratos. Para a concepção civilista clássica, o contrato faz lei absoluta entre as partes. A propriedade é absoluta. A família, concebida através dos laços sangüíneos, deixa de fora todos os demais laços, afetivos. Não há, em um sistema codicista fechado, espaço

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. *Estudos Jurídicos*. Curitiba: Universitária Champagnat, v. 2, n. 1, 1995, p. 101.

¹⁶ CARBONIER, Jean. *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: LGDJ, 1992, p. 201, Apud: ARONNE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: estudos preliminares*; p. 37.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. *Estudos Jurídicos*; p. 101.

para o desenvolvimento de uma noção mais ampla, includente e, sobretudo, dinâmica, de pessoa, como a que se concebe a partir da atual constitucionalização do direito civil¹⁸, por exemplo.

O sistema jurídico brasileiro tem sido, assim, utilizado com a finalidade de manter o *status quo* vigente, através do controle privado da esfera pública e da legitimação de mecanismos de exclusão social. As classes sociais menos favorecidas são afastadas “legitimamente” pelo Estado de diversas maneiras, as quais podem ser assim exemplificadas¹⁹: (a) pela fortíssima influência do positivismo jurídico (o qual afasta o direito da moral, dando preferência a uma justiça formal calcada na segurança jurídica, em detrimento de uma justiça material); (b) pela conseqüente burocratização de procedimentos (o sucesso de uma pretensão jurídica depende cada vez mais da especialização do advogado, e tal serviço implica em um grande custo financeiro, o qual não pode ser coberto pela maioria da população); (c) pela existência de propriedade privada dos meios de produção (o que permite que determinados indivíduos sejam explorados por outros); (d) pela injusta distribuição inicial de riquezas e de terras; (e) pela conseqüente desigualdade de oportunidades; (f) pela existência de uma democracia representativa que possibilita a influência do poder econômico no processo eleitoral, o que acarreta, conseqüentemente, a manutenção de um sistema de leis destinadas à preservação dos direitos das elites econômicas, em detrimento das classes menos favorecidas.

Deste modo, não basta apenas que exista uma lista de direitos e garantias fundamentais na Constituição, se a grande maioria da população não possui acesso igualitário ao Estado. A própria linguagem do Poder Judiciário, com a precisão e aparente perfeição dos termos utilizados, serve como mecanismo de exclusão, na medida em que é inacessível à imensa maioria das pessoas²⁰. Além disso, a possibilidade de uma pessoa pobre fazer valer seus direitos ao contraditório e ampla defesa²¹, devido processo legal²² e

¹⁸ Sobre o direito civil-constitucional, ver, entre outros, TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; ARONNE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: estudos preliminares*; FACHIN, Luíz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

¹⁹ Ressalta-se que não se trata de uma enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa.

²⁰ Sobre o ritual do Poder Judiciário, ver GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Editions Odile Jacob, 1997, p 25-51.

²¹ *Constituição Federal*, art. 5º, LV.

presunção de inocência²³, por exemplo, não são as mesmas de uma pessoa rica, que possui recursos para contratar vários advogados ultra-especializados. Trata-se de garantias que não raro, não passam de meras formalidades para a parcela menos avantajada financeiramente da população.

Para o direito civil clássico, fechado em si mesmo, não importam as origens das desigualdades sociais. Tampouco, a forma pela qual a propriedade e a riqueza foram originalmente distribuídas. O que lhe importa é a garantia de manutenção do *status quo*. A partir da criação do Estado de direito, a segurança jurídica assumiu o papel de valor fundamental, uma vez que, aparentemente, não faz qualquer distinção entre as pessoas e busca tratar igualmente a todos. Assim, se solidifica e ganha força o entendimento de que o sistema de direito vigente têm servido para manter a classe economicamente dominante no controle. No entanto:

Contrariamente a eles, a maioria da humanidade possui aspirações que se traduzem por um desejo de mudança, de uma nova ordem social. Os desfavorecidos, as vítimas da opressão, discriminação e exploração pedem, como indivíduos e na condição de grupos, a participação, a emancipação, a autodeterminação e uma repartição justa e equitativa de riqueza e recursos. Tais reivindicações fazem parte de um movimento de libertação com vistas a substituir sistemas e práticas de opressão e exploração por estruturas e relações baseadas na justiça e no respeito aos direitos humanos para todos.²⁴

Desta forma, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança radical no sistema jurídico brasileiro, uma vez que todas as normas existentes passaram a ser necessariamente lidas à luz da lei maior, que é fundamentada na dialética entre todas as dimensões de direitos fundamentais²⁵. Tal mudança implica necessariamente numa urgente modificação na forma de se interpretar o direito. Todos os ramos do direito, que antes possuíam como fonte unilateral os códigos e esparsas legislações, passaram a ser lidos e

²² Constituição Federal, art. 5º, LIV.

²³ Constituição Federal, art. 5º, LVII.

²⁴ MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas* (Palestra feita pelo autor em 30 de novembro de 1995 no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, Brasil). Material disponível na internet, através do seguinte endereço: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a03.pdf>. Consulta em 14/05/2007.

²⁵ Ver o quarto capítulo do presente trabalho.

interpretados através dos valores constitucionais. Os direitos individuais passaram a ser limitados pelos direitos sociais e ambientais (difusos). O Estado passou a assegurar (ainda que formalmente) estes direitos fundamentais, tidos, a partir daí, como cláusulas pétreas. Não há, portanto, mais como se colocar a segurança jurídica acima de um direito material. Nem há mais razão para aplicar-se uma lei que seja injusta com relação a um determinado caso concreto. Na realidade, não há sequer razão para que isso seja tolerado.

Nesta mudança de paradigmas, o valor fundamental deixou de ser a segurança jurídica e passou a ser a *dignidade*, conceito que, apesar de abstrato, possui íntima relação com o conjunto dos direitos fundamentais. O presente trabalho reservou um capítulo próprio para desenvolver uma interpretação possível do que representa este valor fundamental, contudo, por hora, convém que se presuma que tal valor é derivado de uma idéia de igualdade material, em contraposição à igualdade formal burguesa, e que abrange uma interação dialética entre o conjunto de direitos fundamentais, idéia esta que parece bastante plausível e defensável. De uma concepção de justiça meramente formal, passou-se a um sistema materialmente comprometido.

Desta forma, parece possível que se defenda uma nova interpretação do sistema, mesmo reconhecendo-se que este ainda esteja sendo utilizado para afastar da esfera pública as classes menos favorecidas e manter as desigualdades existentes. A simples inclusão dos direitos fundamentais no texto constitucional não garante a sua concretização, mas possibilita que se lute por ela, argumentativamente. Já há fundamentos para que se defenda que o Estado democrático de direito deve perseguir, acima de tudo, a concretização de uma idéia de justiça material. Assim, pode-se argumentar que a principal função deste sistema é levar os direitos fundamentais à totalidade da população e buscar uma redistribuição de terras e de riquezas, de modo que as oportunidades passem a ser mais semelhantes. É necessário que se lute por isso, elevando-se as discussões jurídicas sempre ao nível axiológico.

1.3 A NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

É complicado que se encontre algum consenso entre diferentes indivíduos com relação a uma idéia específica de justiça. O senso comum define, o mais das vezes, a justiça como uma virtude moral. Mas partindo-se do pressuposto de que não há uma moral absoluta, com conteúdo pronto *a priori*, delimitado por qualquer tipo de racionalidade, e que não há qualquer hierarquia entre as diferentes culturas e modos de vida, chega-se à conclusão de que infinitas concepções de justiça são possíveis. E muitas delas parecem ser plenamente defensáveis. Da mesma forma, parece razoável que o direito tenha por tarefa principal a concretização de uma concepção de justiça compartilhada por uma determinada comunidade ética.

No entanto, é preciso muito cuidado para que se possa estabelecer ou defender uma aproximação entre direito e moral, na medida em que existem sérios riscos de se pressupor qualquer conteúdo prévio ao que se deseja considerar como moral. Como já se viu, tais cuidados levaram Kelsen a estudar o direito como sistema puramente normativo e criar uma idéia formal e fechada de direito. Entretanto, ao apropriar-se do controle operacional dos sistemas de justiça (tidos como uma instância mediadora entre indivíduos e grupos de indivíduos), o direito tem o dever de prestar contas à sociedade, na medida em que deve servir de instrumento para a realização e concretização material de valores historicamente conquistados e pressupostos como democraticamente compartilhados.

Estes valores estabelecem a noção de justiça vigente em uma determinada comunidade e não são apenas construídos intersubjetivamente pelos seus membros, mas também os constrói como pessoas éticas. Assim, há uma relação direta entre a realidade concreta de uma sociedade e a noção de justiça por ela compartilhada. O direito, como mediador das relações sociais, deve compreender tal relação, aproximando justiça e realidade.

Não basta, portanto, que exista um direito frio, impessoal e estático. A abertura do sistema não pode restringir-se ao processo legislativo, porque este não é capaz de considerar adequadamente cada caso concreto, nem de resguardar as infinitas e complexas diferenças entre os seres humanos, individualmente. Por essa razão, uma aproximação entre direito e moral não pode ser realizada dentro de um processo positivista burocrático, mas de um processo sensível aos apelos concretos de uma realidade que clama pela efetividade de seus valores fundamentais.

À metade do caminho entre estes valores fundamentais e o mundo real, vivido por pessoas reais, está o direito, representado por um conjunto interminável de artigos, incisos, parágrafos e alíneas, os quais, o mais das vezes, acabam estabelecendo uma intransponível barreira burocrática²⁶ entre tais valores fundamentais e a realidade. Um direito completamente separado da moral – e, por conseqüência, da noção de justiça construída historicamente por uma determinada sociedade – (mesmo que reconhecidamente fundamentado em valores) deixa de ser razoável no momento em que passa a admitir a aplicação irrestrita de leis injustas.

O juiz de direito, apesar de não ser legislador, quando decide um caso concreto, está a aplicar não somente uma norma jurídica específica, mas todo o sistema, tido como um conjunto de valores construídos por uma comunidade ética²⁷. Nesse sentido, a aproximação entre o direito e a moral deve servir para concretizar uma determinada concepção de justiça, afastando mecanismos injustos e harmonizando conflitos entre direitos fundamentais.

Portanto, deve-se considerar o direito como subsidiário da justiça, e não o contrário. Ele deve servir para concretizar os valores fundamentais de um sistema, e nunca para obstruí-los. Deste modo, a segurança jurídica somente possui importância e sentido se estiver resguardando e viabilizando a concretização de direitos materiais. Não há razões para que procedimentos formais sejam colocados acima de necessidades concretas. Negar a

²⁶ A qual tende, num sistema excessivamente positivista, a beneficiar apenas à parcela da população que possui condições de atuar argumentativamente na esfera pública, através da manipulação técnica do ordenamento jurídico. Ver item 3.5 deste trabalho, o qual trata de uma necessária aproximação do auditório jurídico, composto pelos juízes, com a realidade concreta.

²⁷ Ver próximo tópico.

fundamentação moral do direito significaria negar a relação existente entre o direito e a justiça.

É evidente que não basta que se abdique da concepção positivista da lei e se adote uma concepção também positivista de princípios constitucionais, pois estes devem ser considerados sempre à luz dos casos concretos e dos valores fundamentais. Ademais, a Constituição brasileira é um texto demasiadamente esparso e possui diversas contradições internas. A existência de normas constitucionais que privilegiam determinadas categorias de pessoas é uma delas. Por exemplo, a imunidade e o foro especial para parlamentares²⁸, ainda que sejam normas constitucionais, devem ser lidas em consonância com o sistema, como unidade axiologicamente ordenada, e afastadas quando em desarmonia com esta totalidade sistemática.

Este caráter axiológico e teleológico da ordem jurídica implica que, comparativamente, os critérios lógico-formais tenham escasso significado para o pensamento jurídico e para a metodologia da Ciência do Direito. Na verdade, a Ciência do Direito, na medida em que aspire à cientificidade ou, pelo menos, à adequação racional dos seus argumentos, está evidentemente adstrita às leis da lógica; contudo essa ligação não é condição necessária nem suficiente para um pensamento jurídico correto; mais ainda: os pensamentos jurídicos verdadeiramente decisivos ocorrem fora do âmbito da lógica formal. Assim sucede com o que é a essência do direito, com o encontrar as decisões de valor, com o manuseamento esclarecido dos valores, pensando-os até o fim e, a concluir, num último estágio, executando-os²⁹.

Assim, uma interpretação materialmente comprometida deve utilizar apenas subsidiariamente um raciocínio lógico-formal, típico de sistemas fechados, exatos e objetivos, para adotar prioritariamente um raciocínio jurídico, fundado numa racionalidade argumentativa, reconhecidamente imperfeita, que busca atingir o razoável (no sentido perelmaniano³⁰). O discurso jurídico deve, desta forma, buscar a adesão de um juízo pautado não mais em normas estritamente formais, mas de um auditório universal, que,

²⁸ *Constituição Federal*, art. 53.

²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*; p.32.

³⁰ Sobre os conceitos perelmanianos de racionalidade argumentativa, auditório universal, raciocínio jurídico e razoabilidade, ver o terceiro capítulo do presente trabalho.

apesar de pensado e adstrito a alguns princípios políticos de justiça³¹, é cultural, histórico e independente de procedimentos formais. É nesse sentido que se deseja defender uma aproximação entre direito e moral: através de uma efetiva aproximação entre os casos concretos e o sistema como totalidade axiológica, através de um discurso jurídico razoável e materialmente comprometido.

1.4 O PENSAMENTO SISTEMÁTICO

O legislador constituinte brasileiro, ao elencar, no preâmbulo e no título I da Constituição Federal (que trata dos princípios fundamentais), uma lista de valores materiais, acabou por inviabilizar (mesmo na perspectiva kelseniana) qualquer norma ou ato contrário a tais valores, vez que manifestamente inconstitucionais. Ou seja, a lei maior, hierarquicamente superior, deve ser respeitada, servindo como uma espécie de núcleo axiológico do direito que se encontra em curso desde o ano de 1988 no país. Um sistema inquestionavelmente fundamentado em valores.

Num sistema axiológico, pode haver lacunas normativas, mas certamente não há lacunas de valor. A ao juiz é dada a obrigação de inafastabilidade de jurisdição³², e este deve encontrar soluções sempre condizentes com o sistema. Mas onde buscar tais soluções?

Para Claus-Wilhelm Canaris, há duas formas de se resolver a questão. Uma de acordo com o “velho paradigma” positivista, a qual chama de interpretação externa. De acordo com esta forma de se interpretar o direito, as soluções devem ser buscadas em fragmentos isolados do todo, como, por exemplo, em esparsas e específicas legislações, ou na combinação de preceitos autônomos.

...A tal propósito, pensa-se, normalmente, na interpretação a partir do sistema exterior da lei, portanto nas conclusões retiradas da localização de um preceito em determinado livro, seção ou conexão de parágrafos, da sua configuração como proposição autônoma ou como mera parte de uma

³¹ Com relação aos princípios políticos de justiça, ver o próximo capítulo deste trabalho.

³² *Constituição Federal*, art. 5º, XXXV.

proposição, etc., etc. No entanto, apenas haveria aqui um ponto de apoio relativamente estreito e, além disso, não poucas vezes a localização de um preceito surge materialmente errada...³³

A segunda forma de encarar a mesma questão implica naquilo que o autor chama de interpretação interna, que implicaria em retirar a solução não mais de um fragmento isolado do direito, mas de sua totalidade. É do núcleo axiológico do sistema que brota o verdadeiro direito, segundo esta concepção, a qual representa, segundo o autor, o mais elevado nível de fundamentação.

...Enquanto a interpretação a partir do sistema externo apenas traduz, em certa medida, o prolongamento da interpretação gramatical, a argumentação baseada no sistema interno, exprime o prolongamento da interpretação teleológica (no sentido mais amplo) ou, melhor, apenas um grau mais elevado dentro desta, - um grau no qual se progride da <<ratio legis>> à <<ratio iuris>>, e tal como a interpretação teleológica (no sentido mais amplo) em geral a argumentação a partir do sistema interno da lei coloca-se, com isso, no mais alto nível entre os meios de interpretação.³⁴

Percebe-se, a partir da análise da evolução histórica dos direitos fundamentais³⁵ e da compreensão das insuficiências do paradigma positivista, que uma nova concepção se faz necessária no direito. Alguns juristas – entre eles o próprio Canaris, além de Karl Larenz³⁶ e, mais recentemente, Juarez Freitas³⁷ – passaram, a partir da primeira metade do século passado, a falar em pensamento sistemático como alternativa ao positivismo jurídico. De acordo com as linhas gerais desta metodologia, a aplicação do direito requer uma visão de totalidade, a qual não pode ser representada apenas pelo conjunto de regras vigentes. Assim, ao aplicar o direito a um determinado caso concreto, o juiz não deve apenas subsumir um fato a uma norma formal isolada, mas sim concretizar todo o sistema. Desta forma, a interpretação sistemática do direito não fornece apenas uma fórmula despida de conteúdo material, mas um método de interpretação vivo e de caráter essencialmente axiológico.

³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*; p.158.

³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*; p.159.

³⁵ Sobre o assunto, ver o primeiro tópico do quarto capítulo do presente trabalho.

³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*.

³⁷ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

A interpretação sistemática do Direito tem por objeto a rede de princípios, regras e valores na condição de totalidade dialética, maior do que o conjunto das normas jurídicas. Não é simples meio de interpretação, mas de certo modo, compreende todos os elementos exegéticos. A interpretação sistemática não apenas sucede: é contemporânea dele. Empresta-lhe vida. Nestes moldes, a legalidade, por exemplo, faz as vezes de um valioso princípio, mas somente experimenta sentido na correlação com os demais princípios. Pensar o Direito como um conjunto de normas é subestimar a complexidade do fenômeno jurídico, pois, mesmo diante das mais rígidas disposições, a interpretação haverá de ser vista em novos e profícuos termos, assumida a dimensão hierarquizadora e finalística. Aqui se vê, com nitidez, a relevância de reformular o conceito de sistema jurídico, tanto em significado como em extensão, dado que seu conteúdo, por força da natureza valorativa, transcende o mera e esparsamente positivado.³⁸

No entanto, há que se ressaltar que a concepção defendida por Freitas possui algumas pequenas diferenças com relação à concepção adotada neste trabalho. Uma delas diz respeito à hierarquia entre valores, princípios e regras. Para o autor, os princípios fundamentais são hierarquicamente superiores, justamente pela “fundamentabilidade” dos mesmos, os quais são menos abstratos que os valores e mais fortes (argumentativamente) que as regras³⁹. Na concepção aqui adotada, os valores constituem a base de fundamentação de qualquer argumentação, seja utilizada alguma norma ou princípio mais específico ou não. É a partir deles que se poderá resolver, por exemplo, conflitos entre diferentes direitos fundamentais.

É importante destacar, desde logo, que os valores que fundamentam um Estado democrático de direito não são imutáveis, mas historicamente construídos. Nesse sentido, o terceiro capítulo deste trabalho pode ser de importante utilidade para que se perceba como, através de uma racionalidade argumentativa materialmente comprometida, ou seja, que respeite os valores aceitos por uma determinada comunidade, em um determinado contexto histórico-político, pode-se atingir soluções razoáveis para os eventuais conflitos existentes.

Entretanto, parece necessário que sejam estabelecidos alguns limites para tais valores, com a finalidade de evitar-se que uma determinada comunidade ética desenvolva um sistema de justiça que desrespeite algumas liberdades básicas fundamentais e o livre

³⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*; p.19.

³⁹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*; p.56.

desenvolvimento de outros indivíduos ou grupos. A concepção de justiça política de John Rawls, trabalhada no próximo capítulo, parece apresentar uma alternativa razoável para que se estabeleçam tais limites. Pretende-se, deste modo, sustentar uma aproximação entre o poder discricionário do juiz de direito e uma concepção de justiça (política e moral), aproximando-se, por conseguinte, a aplicação do direito de uma concepção razoável de justiça.

Antes de se partir para o próximo ponto, no entanto, convém reforçar o conceito de sistema proposto pelo pensamento sistemático, na medida em que ele é de extrema importância ao longo da presente pesquisa. Um sistema de justiça, é importante sublinhar, não é constituído apenas por textos expressos, mas também – e principalmente – por valores abstratos aceitos por uma determinada comunidade. Nas precisas palavras de Juarez Freitas, o sistema pode ser entendido como:

Uma rede axiológica hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.⁴⁰

A hierarquização é axiológica, na medida em que se fundamenta nos valores vigentes em uma comunidade histórica. Nesse sentido, o papel do juiz seria o de promover o equilíbrio entre as partes, exercendo, desta forma, um inegável poder discricionário, na medida em que assume sua posição como parte de uma totalidade (não mais atuando isoladamente do meio), utilizando as fontes de que dispõe, para resolver os casos concretos, sempre peculiares, harmonizando forma e conteúdo e priorizando sempre a justiça em seu sentido material. A racionalidade para tal empreitada não pode ser dada, mas deve ser construída, argumentativamente com os valores aceitos por um auditório universal, sendo que no contexto do Estado social (ou socioambiental⁴¹) e democrático direito atual, estes

⁴⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*; p. 19.

⁴¹ A partir do reconhecimento formal das segunda e terceira dimensões de direitos fundamentais (ver item 4.1 deste trabalho), o Estado democrático de direito (que nasce a partir da consolidação da primeira dimensão de direitos fundamentais) passou a assegurar os direitos humanos sociais e ambientais (estes, de titularidade difusa), o que possibilita a discussão em torno da nomenclatura que se deve adotar. Muitos autores referem-se

valores estão intimamente relacionados com uma concepção de *dignidade* atrelada a um pensamento ecológico⁴².

Como se percebe, o pensamento sistemático pressupõe um sistema justo, fundado em valores construídos historicamente (não obstante o fato de estes serem, em última instância, arbitrários⁴³). Além disso, a idéia intuitiva leva a crer que tais valores, apesar de serem desenvolvidos livremente por uma comunidade ética, devem possuir alguns limites, para que não ocorra o desrespeito à autonomia de outras comunidades e para que se preservem algumas liberdades básicas essenciais de cada indivíduo ou grupo. Por essa razão, tudo indica que os valores fundamentais de um sistema de justiça (particulares e contingentes) devem respeitar alguns princípios políticos de justiça.

A finalidade de tais princípios é a de, acima de tudo, preservar a possibilidade de convivência democrática e respeitosa entre diferentes concepções morais (individuais e coletivas), e preservar alguns direitos fundamentais, evitando-se, assim, interferências arbitrárias e opressoras. Nesse viés, o próximo capítulo deste trabalho dedica-se ao estudo da concepção política de justiça de John Rawls e se propõe a discutir a viabilidade dos princípios desenvolvidos por este autor, bem como alguns aspectos controvertidos de sua teoria.

ao modelo atual de Estado democrático como *Estado social-democrático de direito*, reconhecendo as modificações teleológicas impostas pela consagração dos direitos sociais no plano constitucional, em contraposição ao Estado liberal clássico. Todavia, fala-se hoje em *Estado socioambiental e democrático de direito*, considerando-se a consolidação formal dos direitos fundamentais de terceira dimensão. Tal nomenclatura parece bastante defensável diante da idéia de dignidade que será abordada na última seção deste estudo e passará a ser adotada a partir deste momento. Ver, nesse sentido, MOLINARO, Carlos Alberto. *Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito*. Dissertação (Mestrado) – Fac. de Direito, PUCRS. Orientador Prof. Dr. Juarez Freitas: Porto Alegre, 2006.

⁴² Ver, nesse sentido, o quarto capítulo desta pesquisa.

⁴³ Ver item 3.4 deste trabalho.

2 RAWLS E A CONCEPÇÃO POLÍTICA DE JUSTIÇA

2.1 A “JUSTIÇA COMO EQUIDADE”

Uma das maiores discussões travadas ao longo da história da filosofia ocidental é, sem dúvida, a que diz respeito à noção de justiça que se deve adotar. Existirá uma fórmula de justiça absoluta, suprema, quiçá divina, à qual poderemos atingir através do uso teórico ou prático da razão? Ou então, existirão apenas várias versões distintas e individuais sobre o que é justo ou injusto, sendo a força e a arbitrariedade as únicas formas de uma noção impor-se às outras? Haverá meio de atingir-se uma noção comum, que satisfaça a maioria das mentes pensantes, através do discurso e do convencimento razoável? Em que medida um Estado, que se propõe ser democrático, pode (ou deve) conciliar as aspirações de estabilidade e segurança jurídica com os fins de equidade e de justiça social? O que deve ser levado em consideração no caso de um conflito entre direitos fundamentais? Como é possível preservar e respeitar as diferenças, sem que se imponha arbitrariamente um determinado modo de pensar? A presente pesquisa se propõe a analisar tais questionamentos, primeiramente discutindo alguns aspectos da teoria da justiça de John Rawls, com a finalidade de buscar princípios políticos de justiça universalizáveis, para depois buscar uma concepção material de justiça especificamente para o contexto do *Estado socioambiental e democrático de direito*, através da discussão da obra *Ética e direito*, de Chaïm Perelman.

A teoria da justiça como equidade, originalmente publicada em *Uma teoria da justiça*⁴⁴ é uma tentativa de estabelecer um acordo sobre princípios políticos de justiça (e não acerca de uma doutrina moral abrangente, conforme esclarecido em *Justiça como equidade: uma reformulação*⁴⁵), os quais estabeleceriam os limites de uma razão pública, tendo como objeto a estrutura básica de uma sociedade. E essa idéia de razão pública está

⁴⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁵ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

relacionada com o desenvolvimento de um conjunto de regras de argumentação aceitas por uma sociedade bem ordenada, aonde cada qual pode defender seus valores religiosos, filosóficos ou de qualquer natureza (por isso, chamados de doutrinas morais abrangentes).

Desta forma, a justiça como equidade é uma tentativa de estabelecer os limites desta razão pública: ou seja, os princípios dos quais derivam todas as regras de uma sociedade bem ordenada. É possível dividir a teoria da justiça de Rawls em dois momentos distintos: primeiramente, o autor busca construir e fundamentar dois princípios políticos de justiça, válidos universalmente e *a priori*, através de um artifício de representação, no qual as pessoas desconhecem completamente suas preferências, aptidões e interesses (véu de ignorância). Segundo ele, é possível que, a partir daí, em um segundo momento (onde os indivíduos ainda são influenciados pelo véu de ignorância), cada comunidade crie seu sistema particular de justiça, levando em consideração seus valores e suas conquistas históricas, sempre dentro dos limites desta razão pública universal estabelecida pela posição original.

Assim, após a fase de elaboração dos princípios de justiça, Rawls passa a fazer uma aplicação de tais princípios às instituições de um modelo particular de Estado democrático. Segundo o autor, o modelo adotado é baseado nos exemplos mais razoáveis e bem-sucedidos de democracia. O presente capítulo dará um maior enfoque para o primeiro aspecto da teoria, onde a forma e o conteúdo dos princípios de justiça são acordados, uma vez que parece extremamente importante, para a presente pesquisa, que se investigue os limites de um sistema democrático de direito – e, conseqüentemente, do poder discricionário de um juiz – para que se encontre um consenso (pressuposto como razoável e aceitável para todos os diferentes indivíduos e culturas possíveis) acerca de princípios políticos de justiça, com a finalidade de se possibilitar a convivência pacífica e respeitosa de diferentes povos e culturas, e garantam que nenhum indivíduo ou grupo de indivíduos possa exercer qualquer forma de opressão contra seus semelhantes.

Tais princípios estariam, portanto, acima de quaisquer contingências e seriam, supostamente, objeto de um consenso sobreposto, o qual seria atingido através da posição

original. Nessa situação hipotética, as pessoas, autônomas no sentido kantiano⁴⁶, desconhecendo todos os seus interesses particulares, procuram criar princípios políticos eqüitativos, imparciais, para fundamentar uma concepção de justiça universalizável. Segundo Rawls:

A posição original é definida de modo a ser um *status quo* no qual qualquer consenso atingido é justo. É um estado de coisas no qual as partes são igualmente representadas como pessoas dignas, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais. Assim, a justiça como eqüidade é capaz de usar a idéia da justiça procedimental pura desde o início.⁴⁷

Para atingir o que Rawls chama de justiça procedimental pura, as pessoas, nesta posição hipotética, submetidas a um véu de ignorância, também hipotético, transferem a eqüidade das condições do acordo para os princípios construídos. *Desta maneira, são havidos como justos os princípios selecionados em condições eqüitativas e através de procedimento imparcial*⁴⁸. Desconhecendo seus interesses particulares, os indivíduos não teriam razão para defender esta ou aquela concepção moral abrangente.

Uma vez que as pessoas são livres e iguais e estão submetidas ao véu de ignorância, é razoável dizer que elas procurariam estabelecer garantias para não correrem o risco de ficar à mercê da sorte e das circunstâncias arbitrárias na ocasião da divisão de bens sociais primários⁴⁹. Tal raciocínio leva à necessidade de que se tenha uma garantia da distribuição igualitária de direitos e deveres. As partes não querem admitir que determinadas pessoas tenham maiores direitos do que as demais. Desta necessidade, surge o primeiro princípio de justiça, o qual assume a seguinte forma:

⁴⁶ Para Kant, a autonomia consiste na vinculação da razão teórica e da razão moral na medida em que esta tem a consciência de vincular-se a si mesma mediante as leis que estabelece por si mesma para si mesma. A autonomia pressupõe a liberdade como vontade de todos os seres racionais. A razão, por sua livre vontade, estabelece para si as leis que inspiram e regulam seus atos, através do imperativo categórico. É exatamente neste sentido que os atos podem efetivamente se qualificarem como morais. E é por ser determinada objetivamente pela lei moral e subjetivamente por respeito a ela que a vontade pode se qualificar como autônoma, e neste sentido ser considerada moral. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

⁴⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 129.

⁴⁸ NEDEL, José. *John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 56.

⁴⁹ Os bens sociais primários são: “direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 98.

(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos;⁵⁰

Tal esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais tem o objetivo de proteger ao máximo as mais diferentes concepções específicas (embora desconhecidas na posição original) de bem, além de assegurar *as condições políticas e sociais necessárias para o desenvolvimento adequado e o exercício pleno e bem-informado das duas capacidades morais*⁵¹. Segundo Rawls, a lista de liberdades básicas iguais pode ser formulada de duas maneiras: a) através do exame histórico dos regimes democráticos mais bem sucedidos (informações estas que não se encontram disponíveis para as pessoas na posição original, mas pode ser utilizada tanto por Rawls quanto pelo seu leitor para elaborar a teoria da justiça como equidade); b) analiticamente, através do exame das liberdades que mais fornecem as condições para o exercício pleno das duas faculdades morais.

Segue-se disso que: primeiro, as liberdades políticas iguais e a liberdade de pensamento permitem que os cidadãos desenvolvam e exerçam essas faculdades para julgar a justiça da estrutura básica da sociedade e suas políticas sociais; e, segundo, a liberdade de consciência e a liberdade de associação permitem que os cidadãos desenvolvam e exerçam suas faculdades morais para formar, rever e racionalmente procurar realizar (individualmente ou, com mais frequência, em associação com outros) suas concepções de bem.⁵²

Mas tal princípio, se considerado isoladamente, reproduz apenas o ideal liberal de igualdade formal. E o preceito de que todos são iguais perante a lei não garante que as oportunidades serão distribuídas equitativamente, além de tolerar desigualdades materiais. Fica evidente a necessidade de se buscar uma alternativa que almeje atingir uma igualdade também material. Desta forma, segundo o raciocínio de Rawls, as partes desenvolveriam,

⁵⁰ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*; p. 60.

⁵¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 380. Para Rawls, as duas capacidades morais da pessoa relacionam-se à possibilidade de a mesma buscar autonomamente uma concepção do justo e uma concepção do bem.

⁵² RAWLS, John. *O liberalismo político*; p. 64.

na posição original, mais um princípio de justiça, que daria conta desta problemática. O segundo princípio fica, assim, dividido em duas partes:

(b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença).⁵³

Assim, o autor parte do pressuposto de que estes seriam os dois princípios de justiça desenvolvidos por pessoas racionais⁵⁴, livres e iguais, na posição original. É importante destacar que Rawls estabelece uma ordem lexical de prioridade entre os mesmos, de modo que o primeiro princípio tem preferência com relação ao segundo, assim como, dentro do segundo princípio, a igualdade equitativa de oportunidades tem prioridade com relação ao princípio da diferença. Desta forma, é estabelecida uma primazia das liberdades básicas, as quais podem ser limitadas apenas quando a restrição de uma liberdade se der em nome de uma outra liberdade. Segundo Rawls:

Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto a liberdade só pode ser restringida em nome da liberdade. Existem dois casos: (a) uma redução da liberdade deve reforçar o sistema total de liberdades partilhadas por todos, e (b) uma liberdade menor deve ser considerada aceitável para aqueles cidadãos com a liberdade menor.⁵⁵

Uma vez estabelecidos os dois princípios de justiça, nos termos da teoria rawlsiana, deve-se procurar meios de concretizar tais princípios, através da elaboração de uma constituição. Nesta etapa, as partes permanecem sem conhecer suas preferências individuais, mas lhes é dado o conhecimento de fatos referentes às preferências gerais de sua sociedade, para que seja elaborada uma constituição justa, que configure as instituições sempre de acordo com os princípios de justiça desenvolvidos, mas levando em consideração os costumes e práticas aceitos pela população. A constituição (e sua

⁵³ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*; p. 60.

⁵⁴ Sobre a problemática em torno do conceito de racionalidade desenvolvido por Rawls, ver o terceiro tópico deste capítulo.

⁵⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 275.

prioridade com relação às demais leis) reflete a prioridade do primeiro princípio de justiça, ou seja, as normas constitucionais são hierarquicamente superiores porque representam a defesa das liberdades básicas.

Uma vez elaborada a constituição justa, o próximo passo consiste na elaboração de leis e procedimentos justos, os quais devem estar de acordo com os princípios e valores aceitos. Elaboradas todas as regras justas, o véu de ignorância é retirado completamente. As partes, nesse estágio, já podem defender seus interesses, mas devem agir em consonância com as leis, sendo preservadas a desobediência civil e objeção de consciência⁵⁶. Esse último estágio consiste na aplicação e execução das leis elaboradas com relação aos casos particulares, bem como na sua observância por parte da população.

Ao escolher os princípios de uma constituição e as regras que irão reger a vida de uma sociedade, se está a restringir formalmente o conceito de justo vigente nesta sociedade às concepções escolhidas. Tais restrições fundamentam-se nos requisitos de: (a) generalidade (quer dizer que os princípios de justiça devem ser impessoais e aplicáveis a todos, sem que se considerem diferenças *a priori* entre as pessoas); (b) universalidade (significa que valem para todos os seres considerados como pessoas éticas); (c) publicidade (todos os membros da sociedade devem conhecer os princípios de justiça); (d) Ordenação (os princípios escolhidos devem regulamentar as reivindicações concorrentes, formal e materialmente); (e) terminatividade (as partes devem avaliar o sistema de princípios como a última instância de apelação do raciocínio prático).

Tomadas em conjunto, então, essas condições impostas sobre as concepções do justo resumem-se no seguinte: uma concepção do justo é um conjunto de princípios, gerais em sua forma e universais em sua aplicação, que deve ser publicamente reconhecido como última instância de apelação para a ordenação das reivindicações conflitantes de pessoas éticas.⁵⁷

O princípio da equidade abrange todas as obrigações que os indivíduos contraem voluntariamente na condição abstrata da posição original. Fundamenta-se na pressuposição de que as instituições e regras são justas, ou, pelo menos, razoavelmente justas e que os

⁵⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 388-423.

⁵⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 145.

atos humanos são voluntários. Entretanto, há, no pensamento do autor, uma divisão entre tais obrigações “contratuais” e o que chama de deveres naturais da espécie humana. É, portanto, feita uma divisão entre pessoa (moral) e ser humano (biológico). Os deveres naturais do ser humano seriam universais e aplicar-se-iam a todas as diferentes culturas.

Os princípios de justiça são formais, uma vez que estão acima de quaisquer opiniões ou concepções históricas. Porém, o que os diferencia do imperativo categórico kantiano (e nesse ponto percebe-se que Rawls compreendeu e considerou a crítica de Hegel a Kant) é o fato de a formulação dos princípios basear-se em um raciocínio analítico e considerar, ao mesmo tempo, elementos históricos, empíricos. Desta forma, como já se disse, as liberdades básicas fundamentais são dadas pelo autor em uma lista, obtida através da análise histórica dos regimes democráticos mais bem-sucedidos e também através da concretização das duas capacidades morais da pessoa, as quais seriam o desenvolvimento de uma concepção de justo e de uma concepção de bem.

Parece bastante correto defender que cada comunidade, em cada determinado momento histórico, deve ter autonomia para escolher a forma de convivência entre os indivíduos que compartilham da mesma cultura. E deve ser sempre respeitada, não como inferior ou superior, mas como diferente. Entretanto, ao se adotar uma postura absolutamente relativista, que aceite sem limitações quaisquer valores desenvolvidos por uma comunidade, corre-se o risco de justificar violações ou abusos com relação a outras culturas, ou mesmo indivíduos, com concepções diferentes. Desta forma, tentativas como a empreendida por John Rawls ganham importância, na medida em que buscam estabelecer princípios supremos e universais de convivência política, os quais sobrepõe-se às possíveis contingências concretas, procurando respeitar as diferenças. Assim, reconhece-se a importância da primeira parte do trabalho de Rawls. Contudo, o entendimento que se obteve na presente pesquisa, através da análise dos argumentos rawlsianos, leva a uma diferente interpretação da posição original, no que diz respeito a alguns aspectos: primeiramente, à necessidade de incluir-se, na lista das liberdades básicas iguais, construídas por pessoas racionais, livres e iguais, uma vedação expressa da propriedade privada dos meios de produção e dos recursos naturais; em segundo lugar, conseqüentemente, à justificação dada pelo segundo princípio de justiça para a existência

de desigualdades sociais, a qual somente atingiria por inteiro seus objetivos em uma sociedade onde os meios de produção e recursos naturais fossem efetivamente de propriedade social; e, em terceiro lugar, à noção individualista e etnocêntrica de racionalidade que Rawls pressupõe como inerente às todas as pessoas que deliberam na posição original, a qual parece ser a justificativa para que o autor admita a possibilidade de existir uma sociedade capitalista equitativa (e, portanto, justa), baseada em sua concepção política de justiça como equidade. É em cima da discussão acerca de tais divergências que se constroem os dois próximos tópicos deste trabalho.

2.2 O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA, A PROPRIEDADE DOS MEIOS DE PRODUÇÃO E A RELATIVIDADE DAS “VANTAGENS AOS MENOS FAVORECIDOS”

Um dos maiores méritos da teoria de Rawls reside no fato de a mesma levar em consideração e respeitar as diferenças existentes entre os seres humanos. De acordo com seu entendimento, não é justo que a lei trate de forma igual às pessoas com diferentes necessidades e realidades, apesar de haver a idéia de uma busca pela igualdade por trás de toda a sua teoria. No entanto, a igualdade que Rawls almeja atingir diferencia-se das demais teorias liberais clássicas, justamente pelo fato de que, na *justiça como equidade*, a igualdade não é apenas formal, mas uma igualdade equitativa de oportunidades. Segundo o autor:

(...) a igualdade equitativa de oportunidades significa um certo conjunto de instituições que assegura oportunidades semelhantes de educação e cultura para pessoas semelhantemente motivadas e mantém as posições e os cargos públicos abertos a todos, levando em conta as qualidades e esforços razoavelmente relacionados com os respectivos deveres e tarefas.⁵⁸

⁵⁸RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 307.

Partindo do princípio de que todos os indivíduos possuem as mesmas liberdades básicas iguais garantidas pelo Estado democrático de direito, e que as oportunidades são distribuídas equitativamente para todos, de acordo com a primeira formulação do segundo princípio de justiça de Rawls, surge a necessidade de que se preservem as diferenças existentes entre as pessoas. Daí decorre a segunda formulação do segundo princípio de justiça, a qual busca preservar tais diferenças. De acordo com este princípio, são permitidas desigualdades, desde que as mesmas sejam justificadas por uma melhoria das condições para todos os indivíduos, em especial as pessoas menos favorecidas da sociedade.

O segundo princípio insiste que cada pessoa se beneficie das desigualdades permissíveis na estrutura básica. Isso significa que cada homem representativo definido por essa estrutura, quando a observa como um empreendimento em curso, deve achar razoável preferir as suas perspectivas com a desigualdade às suas perspectivas sem ela. Não se permite que as diferenças de renda ou em posições de autoridade e responsabilidade sejam justificadas pela alegação de que as desvantagens de uns em uma posição são compensadas pelas maiores vantagens de outros em posições diferentes. Muito menos ainda podem infrações à liberdade ser contrabalançadas desse modo.⁵⁹

O princípio da diferença busca, deste modo, possibilitar que diferentes indivíduos possam perseguir livremente sua concepção de bem, desde que preservados o primeiro princípio e a igualdade equitativa de oportunidades. Em função da prioridade do justo sobre o bem⁶⁰ – e, por conseguinte, do razoável sobre o racional⁶¹ –, Rawls considera que as pessoas concordariam, na posição original, que todas as eventuais desigualdades decorrentes das diferentes concepções de bem somente podem ser justificadas se houver uma melhoria das expectativas das classes menos favorecidas, para, desta forma, a sociedade tender sempre a reduzir as diferenças materiais entre os indivíduos mais e menos favorecidos.

⁵⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 69.

⁶⁰ Segundo Rawls, os princípios de justiça têm prioridade sobre as diferentes concepções morais abrangentes, o que reflete a prioridade do justo (razoável) sobre o bem (racional).

⁶¹ No próximo tópico, serão abordadas algumas diferenças existentes entre os conceitos de racional e razoável para Rawls.

Para ilustrar o princípio da diferença, consideremos a distribuição de renda entre as classes sociais. Suponhamos que os vários grupos pertencentes a diferentes faixas de renda estejam correlacionados a indivíduos representativos, e que em referência às expectativas destes últimos possamos julgar a distribuição. Ora, digamos que aqueles que de início são membros da classe empresarial na democracia com propriedade privada têm melhores perspectivas do que aqueles que de início estão na classe dos trabalhadores não especializados. Parece provável que isso será verdadeiro mesmo quando as injustiças sociais agora existentes forem eliminadas. O que, então, pode justificar esse tipo de desigualdade inicial nas perspectivas de vida? De acordo com o princípio da diferença, a desigualdade é justificável apenas se a diferença de expectativas for vantajosa para o homem representativo que está em piores condições, neste caso o trabalhador representativo não especializado.⁶²

Porém, na medida em que o autor, na elaboração dos princípios de justiça, não veda expressamente a propriedade privada dos meios de produção (mesmo que afirme que não se trata de um direito fundamental e que esta deve ser social), ele acaba por entrar em contradição com sua própria teoria, uma vez que não há quaisquer razões para que indivíduos racionais, livres e iguais escolham, após o acordo realizado na posição original, um modo de produção onde alguns indivíduos podem beneficiar-se do trabalho dos demais e acumular o capital gerado pelo esforço alheio. Numa sociedade capitalista é inevitável que haja, em função do acúmulo de capital e alienação da mão de obra, um aumento gradativo das desigualdades sociais e, conseqüentemente, da desigualdade de oportunidades entre os indivíduos provenientes de diferentes posições sociais.

Em *Justiça como equidade: uma reformulação*, Rawls defende que, entre as liberdades básicas, está o direito à propriedade pessoal, com a finalidade de desenvolver *uma base material suficiente para a independência da pessoa e um sentimento de auto-respeito, ambos essenciais para o desenvolvimento e exercício adequados das faculdades morais*⁶³. Como direito à propriedade pessoal, Rawls entende, basicamente, o direito à habitações e áreas privadas. Portanto, o controle dos meios de produção e dos recursos naturais, bem como o direito à herança, não estão, para o autor, entre as liberdades básicas acordadas na posição original, mas podem ser aceitos e justificados por uma determinada sociedade, em um determinado momento histórico.

⁶² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 82.

⁶³ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*; p. 161.

Apesar de Rawls deixar claro seu posicionamento, de que a posse dos meios de produção e dos recursos naturais, numa sociedade ideal, deve ser social e não privada⁶⁴, para ele, não se trata de um direito fundamental acordado na posição original. Porém, no entendimento que se sustenta neste estudo, a garantia de que não haverá nenhuma propriedade privada dos meios de produção seria um direito fundamental, que deveria figurar entre a lista de liberdades básicas iguais, resguardadas pelo primeiro princípio de justiça.

A diferença, portanto, entre o entendimento do autor e o entendimento aqui defendido relaciona-se à interpretação que se faz da posição original. Não parece razoável que pessoas racionais, livres e iguais, numa posição original hipotética, sob um véu de ignorância, admitam a possibilidade de haver, em sua sociedade, indivíduos que enriqueçam às custas do trabalho alheio, a menos que estivessem defendendo seus próprios interesses (o que não é o caso, devido ao véu de ignorância). Pelo contrário, parece muito mais aceitável a idéia de que – em se tratando de uma teoria que concebe a justiça como equidade –, entre as liberdades básicas fundamentais, deveria estar a garantia de todos os indivíduos de que não poderá existir nenhuma propriedade privada dos meios de produção ou de recursos naturais. Quanto ao direito de herança dos bens de propriedade pessoal (para fins de habitação), parece mais plausível que não se tome qualquer decisão na posição original e que cada sociedade defina seu posicionamento através da elaboração da sua constituição, uma vez que a herança de propriedade destinada à moradia não acarreta necessariamente em um aumento das desigualdades sociais existentes e não contraria manifestamente nenhum princípio de justiça.

O princípio da diferença, da forma como foi desenvolvido por Rawls, se utilizado em uma sociedade capitalista, permite o aumento das desigualdades sociais inerentes a este modo de produção (o que acarreta um aumento da desigualdade na distribuição de oportunidades), com a condição de que as vantagens recebidas pelo membro mais beneficiado também proporcionem vantagens aos membros menos favorecidos de sua

⁶⁴ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*; p. 161.

sociedade, além de não causarem danos às gerações futuras⁶⁵. Isso significa que, neste entendimento, as injustiças não estão propriamente nas desigualdades, mas no fato de as mesmas proporcionarem ou não vantagens para os indivíduos desfavorecidos pela situação desigual. Assim, uma desigualdade pode perfeitamente ser considerada justa, desde que obedeça o princípio da diferença. A justificação dada por Rawls fica ainda mais problemática quando sugere estabelecer como critério de verificação da satisfação do princípio da diferença a eficiência econômica gerada pela desigualdade:

Supostamente, dada a cláusula do segundo princípio referente às posições abertas e o princípio da liberdade de uma maneira geral, as maiores expectativas permitidas aos empresários os encorajam a fazer coisas que elevam as perspectivas da classe trabalhadora. Suas perspectivas melhores funcionam como incentivos para que o processo econômico seja mais eficiente, a inovação se instaure num ritmo mais acelerado, e assim por diante. Não considerarei até que ponto essas afirmações são verdadeiras. O importante é que deve haver alguma argumentação desse tipo para que essas desigualdades satisfaçam o princípio da diferença⁶⁶.

É comum encontrar-se, como argumento em favor do sistema capitalista, a justificativa de que a competição estimula o desenvolvimento de novas tecnologias, as quais seriam supostamente benéficas para toda a população (inclusive para os menos favorecidos). É certo que se a tecnologia pertencesse à própria população (se a propriedade dos meios de produção fosse efetivamente social), o raciocínio estaria correto. Entretanto, o que acontece no sistema capitalista é que as tecnologias são, não raro, desenvolvidas por empresas privadas. Desta forma, o acesso aos avanços que se obtêm através da competição de mercado se torna acessível apenas aos grupos mais favorecidos economicamente, seguindo a lei da oferta e da demanda.

Com relação ao aumento da perspectiva dos menos favorecidos, convém argumentar no sentido de que qualquer desigualdade social constitui um fato extremamente complexo, posto que tem inúmeras implicações, causas e efeitos. Pode ser que, de um determinado

⁶⁵ No entendimento do autor, “A geração atual não pode fazer o que bem entender, mas é obrigada, por princípios que seriam escolhidos na posição original, a definir a justiça entre as pessoas que vivem em épocas diferentes.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 324.

⁶⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 82-83.

ponto de vista, tais vantagens realmente existam, mas deve-se considerar que, sob outras perspectivas, a desigualdade pode reproduzir valores (ou mesmo situações objetivas de exploração, alienação ou exclusão), contrários a qualquer sistema razoável. Para demonstrar esta fragilidade do segundo princípio de justiça de John Rawls, quando aplicado à uma sociedade capitalista, elaborou-se o seguinte exemplo: suponhamos que um indivíduo adquira um automóvel de luxo, que custa uma fortuna. Tal vantagem poderia, segundo o que se pôde compreender do entendimento do autor, ser justificada por uma vantagem para os indivíduos menos favorecidos da sua sociedade. Vamos supor que o comprador do automóvel tenha que pagar altas quantias em impostos para a construção de escolas para as crianças mais pobres da comunidade. Seria uma vantagem para os que têm menos, sem dúvida, na medida em que tais impostos beneficiariam diretamente os menos favorecidos da sociedade. Porém, o que Rawls desconsidera é o fato de que este mesmo fato possui inúmeras outras implicações: suponhamos que não existam recursos naturais suficientes para que cada indivíduo racional possua um carro da mesma marca (o que poderia gerar um sentimento de exclusão), ou que a fumaça emitida por tal veículo seja prejudicial à saúde pública, devido à emissão de gases tóxicos (o que prejudicaria a saúde de todos, inclusive das gerações futuras). Ou então, imaginemos que a fábrica onde o automóvel foi produzido possui empregados que trabalham em condições precárias de segurança e remuneração (e a compra do automóvel incentivaria tal situação)... Suponhamos que o dono de tal fábrica lucre o equivalente a mais da metade do fruto do trabalho de seus operários e acumule ainda mais capital (o que colaboraria com mais e mais desigualdades).

Tais afirmações são suposições meramente ilustrativas, mas servem para demonstrar que são inúmeras as possibilidades de um mesmo fato ganhar novo sentido de acordo com as diferentes perspectivas que se possa adotar. Parece claro que a perspectiva de uma maior eficiência econômica⁶⁷ não pode, de maneira alguma, ser considerada como critério justificativo de desigualdades sociais. Tomar como verdadeira uma perspectiva que seja benéfica e intencionalmente negligenciar as que sejam maléficas é uma retórica que, apesar

⁶⁷ O próprio Rawls critica duramente este critério, ao rejeitar a doutrina utilitarista. Ver RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; especialmente capítulos I e III.

de logicamente perfeita, ignora todas as injustiças inerentes ao modo de produção capitalista, para supervalorizar as pequenas vantagens por elas produzidas.

Portanto, a divergência entre o entendimento do autor e o aqui defendido não é propriamente uma divergência com relação aos princípios de justiça por ele desenvolvidos, mas sim com relação à lista de liberdades básicas fundamentais (as quais também seriam objeto de um acordo a partir da posição original), uma vez que Rawls admite, em sua teoria, a possibilidade que uma determinada comunidade ética desenvolva relações de propriedade privada dos meios de produção. Talvez se devesse reformular o segundo princípio, incluindo a vedação da propriedade privada dos meios de produção, mas tal alteração parece desnecessária, uma vez que é extremamente plausível que os dois princípios, tomados em conjunto, por si só, já vedam tal modo de produção, numa interpretação realmente comprometida em eliminar as desigualdades sociais e buscar a igualdade equitativa de oportunidades. O fato de que se deve preservar as diferenças e a pluralidade não pode servir de pretexto para que se justifique um modo de produção que permite a exploração do fruto do trabalho alheio, mesmo que os proprietários dos meios de produção “ajudem”, de alguma forma, os menos favorecidos.

Há razões suficientemente fortes e convincentes para que se possa afirmar que indivíduos mutuamente desinteressados encontrariam um consenso político com relação à necessária socialização dos meios de produção, não por razões morais abrangentes, mas por puro desenvolvimento de uma concepção política comprometida com a totalidade da população, e não apenas com uma minoria beneficiada pelas desigualdades sociais. Segundo o entendimento aqui defendido, é necessário que se tome uma postura que realmente desafie o sistema vigente, fundado na desigualdade social gerada pelo acúmulo de capital e pelo individualismo, características típicas do modo de produção capitalista (e não de todo e qualquer ser racional, como sugere Rawls). Nesse sentido, a tendência da teoria rawlsiana é buscar amenizar as desigualdades através do princípio da diferença (que contém elementos dos princípios da reparação⁶⁸ e da fraternidade⁶⁹). Como já foi dito, um

⁶⁸ “Embora o princípio da justiça não seja igual ao princípio da reparação, ele de fato realiza pelo menos uma parte dos intentos deste último. Ele transforma os objetivos da estrutura básica de modo que o esquema global das instituições deixa de enfatizar a eficiência social e os valores tecnocráticos.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 108.

dos méritos de Rawls consiste em ele não negligenciar as diferenças existentes entre as pessoas, propondo, inclusive, que as mesmas sejam usadas para o bem da coletividade, buscando sempre tender, desta forma, para a igualdade.

Entretanto, mesmo afirmando claramente, em *Justiça como equidade: uma reformulação*, que os meios de produção e recursos naturais devem ser de propriedade social (apesar de não se tratar de um direito fundamental), Rawls reconhece que sua teoria pode ser aplicada tanto na elaboração de uma constituição capitalista quanto na de uma socialista. Em *Uma teoria da justiça*, o autor afirma que esta questão não é sequer objeto de uma teoria da justiça⁷⁰. No mesmo texto, contudo, ele deixa bastante clara sua opção pelo modo de produção capitalista⁷¹, dirigindo algumas críticas ao socialismo⁷². No entendimento aqui defendido, os princípios de justiça desenvolvidos por Rawls são incompatíveis com o modo de produção capitalista, justamente por causa das desigualdades e contradições inerentes a esse modo de produção, essencialmente individualista.

Entretanto, como já se afirmou, não se está aqui a defender a inexistência de qualquer tipo de propriedade, uma vez que a idéia de *dignidade* desenvolvida no presente

⁶⁹ “Um outro mérito do princípio da diferença é que ele fornece uma interpretação do princípio da fraternidade. Em comparação com a liberdade e a igualdade, a fraternidade tem ocupado um lugar menos importante na teoria democrática. Considera-se que ela é um conceito menos especificamente político, que não define em si mesmo nenhum dos direitos democráticos, mas que em vez disso expressa certas atitudes mentais e formas de conduta sem as quais perderíamos de vista os valores expressos por esses direitos.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 112.

⁷⁰ “Julgo ser impossível determinar de antemão qual desses dois sistemas e de suas várias formas intermediárias responderá de modo mais completo às exigências da justiça. Presumivelmente, não há resposta geral para essa pergunta, já que ela depende em grande medida das tradições, instituições e forças sociais de cada nação, assim como de suas circunstâncias históricas particulares. A teoria da justiça não inclui essas questões.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 302.

⁷¹ “Desde o início, suponho que o regime é uma democracia de propriedade privada, já que esse é o mais conhecido. Mas, como já observei, com isso não se pretende prejudicar a escolha de regime em casos particulares. Nem, é claro, implica que as sociedades reais em que os meios de produção são propriedade privada não são afetadas por graves injustiças. O fato de existir um sistema de propriedade privada ideal não implica que as formas históricas sejam justas, ou sequer toleráveis. E, é claro, o mesmo é válido para o socialismo.” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 302.

⁷² Em um capítulo dedicado ao estudo destes dois modos de produção, Rawls afirma que quando o público é grande e inclui muitos indivíduos, existe a tentação de que cada pessoa tente se eximir de fazer a sua parte. (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p. 295.). Do modo como Rawls expõe a sua crítica ao modo de produção socialista, ele dá a entender que, num sistema onde a propriedade dos meios de produção é privada, os homens são todos bons e não há qualquer tipo de “tentação”. O acúmulo de capital (pressuposto do capitalismo), e a influência econômica na atividade política também parecem, da mesma forma, inevitáveis, “tentadoras” e cruéis conseqüências de um sistema baseado na propriedade privada dos meios de produção.

trabalho⁷³ pressupõe que cada indivíduo deve possuir plenas condições de exercer a sua individualidade e, para tanto, um espaço físico inviolável para viver e produzir faz-se necessário. Pode-se, sem receios, chamar tal espaço de propriedade pessoal. Entretanto, a fundamentação para a oponibilidade *erga omnes* deste espaço não se dá através de contratos de papel, mas pela sua legitimidade diante dos princípios políticos de justiça acordados na posição original e dos valores fundamentais de um sistema específico de justiça. Defende-se aqui, neste particular, a idéia de Rousseau no que diz respeito aos três requisitos para a legitimidade de uma propriedade privada:

Para autorizar el derecho del primer ocupante sobre cualquier terreno son necesarias las condiciones siguientes: primera, que este territorio no esté aún habitado por nadie; segunda, que no se ocupe de él sino la extensión necesaria para subsistir, y tercera, que se tome posesión de él, no mediante una vana ceremonia sino por el trabajo y el cultivo, único signo de propiedad que, a falta de títulos jurídicos, debe ser respetado por los demás⁷⁴.

Desta forma, reconhecendo-se que existem diferenças entre os indivíduos e concordando com Rawls, no que diz respeito ao fato que uma sociedade justa deve ser equitativa, ou seja, deve buscar amenizar tais diferenças e oferecer as mesmas oportunidades aos diferentes indivíduos, convém concordar também com a necessidade e com o formato do princípio da diferença, desde que o mesmo seja utilizado em uma sociedade onde os meios de produção são, efetivamente, de propriedade social. Como já se falou, o princípio da diferença, se utilizado em uma sociedade capitalista, perde seu sentido, o de amenizar as desigualdades arbitrárias, e acaba, paradoxalmente, por justificá-las.

Assim, o presente trabalho adota como princípios políticos de justiça os princípios desenvolvidos por Rawls, com a ressalva de que, em uma sociedade ideal, deve ser vedada a propriedade privada dos meios de produção. Entretanto, a pesquisa, na medida em que busca realizar uma leitura dos valores que fundamentam o *Estado socioambiental e*

⁷³ Defende-se aqui, através de um raciocínio baseado na teoria perelmaniana, de que um sistema de direito é fundamentado, em última instância, em valores (ver o próximo capítulo deste estudo), que o valor fundamental do Estado socioambiental e democrático de direito é o da *dignidade*, conceito que se refere ao resultado da interação dialética argumentativamente ponderada entre as dimensões de direitos fundamentais (ver capítulo quatro).

⁷⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Buenos Aires: Longseller, 2001, p. 43.

democrático de direito existente, o qual não é ideal, se propõe a fazer uma leitura possível do referido sistema, de modo que se parta da realidade concreta para uma interpretação baseada no valor fundamental desse sistema, aproximando-a e, na medida do possível, adequando-a aos princípios políticos de justiça desenvolvidos por Rawls, resguardando-se as considerações decorrentes da presente crítica. Assim, buscar-se-á, não obstante às injustiças inerentes a esse sistema, a possibilidade de se realizar uma leitura que se apresente como alternativa ao mesmo, com base no próprio núcleo axiológico do sistema vigente, constituído pelos seus valores fundamentais, historicamente construídos e conquistados. Por hora, discutir-se-á a problemática em torno da noção de racionalidade utilizada por Rawls para desenvolver sua teoria da justiça.

2.3 O ETNOCENTRISMO RAWLSIANO E O PROBLEMA DA RAZÃO A-HISTÓRICA

O que é ser racional? Parece razoável dizer que cada povo, em cada determinado momento histórico, possui suas noções predominantes acerca da racionalidade e vive sob uma certa idéia de o que significa ser racional, o que não significa que a mesma seja correta. Ao longo da história, muitos povos exterminaram, subjugaram, ou simplesmente oprimiram outros, com a desculpa de que estavam agindo em prol da razão. Ainda hoje, os países mais ricos, em especial os E.U.A., ao defender uma abstrata e arbitraria idéia de liberdade democrática, estão, na verdade, a impor aos demais países um determinado padrão de comportamento, unilateralmente. Tal idéia de liberdade vem servindo igualmente para justificar guerras supostamente “libertadoras”.

Na realidade, razão e força têm caminhado lado a lado na história da humanidade. Os povos europeus, por exemplo, ao chegarem às Américas, buscaram, com inúmeras justificativas “racionais”, impor a sua religião e seus costumes aos povos indígenas que ali habitavam, exterminando raças e culturas originárias e impondo seu modo de vida, sua racionalidade. Não mediram esforços para escravizar negros e índios, em nome da

eficiência. O nazismo, por sua vez, considerou racional exterminar milhões de seres humanos e utilizar seus restos mortais na produção de bens de consumo e na realização de pesquisas científicas. O código civil brasileiro de 1916, vigente até o ano de 2002, seguia uma racionalidade que considerava a mulher como um ser inferior ao homem⁷⁵.

Nesse viés, é preciso que se tenha muito cuidado com relação a qualquer tentativa de se tomar uma concepção específica de racionalidade como universal, uma vez que não existem culturas superiores ou inferiores, e sim diferentes. Considerar os diferentes como seres inferiores ou “primitivos” é uma conduta discriminatória e preconceituosa, posto que a comparação entre diferentes culturas dependerá sempre do ponto de partida que for adotado. Uma teoria política, concebida para ser utilizada por pessoas razoáveis⁷⁶, precisa respeitar as diferenças e os diferentes, não como inferiores ou menos evoluídos, mas como iguais, para não incorrer em etnocentrismo.

Pode-se apontar (mesmo que intuitivamente) uma característica que diferencia os seres humanos dos demais animais: o fato de que somos capazes de perseguir, através de atitudes pensadas e logicamente ordenadas, nossas concepções de bem, independentemente de quais sejam elas. Nesse sentido, pode-se chamar de racionalidade a relação inteligível que estabelecemos entre causa e efeito (a qual pode ser de cunho mítico, científico, filosófico, religioso, e etc.).

Assim, de forma genérica, considera-se que uma pessoa racional tem um conjunto de preferências entre as opções que estão ao seu dispor. Ela classifica essas opções de acordo com a sua efetividade em promover seus propósitos; segue o plano que satisfará uma quantidade maior de seus desejos, e que tem maiores probabilidades de ser implementado com sucesso.⁷⁷

⁷⁵ O artigo 233 do antigo Código Civil brasileiro (L. 003.071-1916), por exemplo, dizia o seguinte: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.”

⁷⁶ Para Rawls, “as pessoas são razoáveis em um aspecto básico quando, entre iguais, por exemplo, estão dispostas a propor princípios e critérios como termos equitativos de cooperação e a submeter-se voluntariamente a eles, dada a garantia de que outros farão o mesmo.” RAWLS, John. *O liberalismo político*; p. 93.

⁷⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p.154.

No entanto, Rawls vai além desta definição genérica para fundamentar sua teoria numa idéia específica de racionalidade. Ou seja, o alicerce onde é construída toda a argumentação em favor dos dois princípios de justiça é uma noção de racionalidade previamente definida, uma vez que tais princípios são desenvolvidos por seres considerados racionais (os quais também são supostamente razoáveis)⁷⁸, partindo-se da idéia de que haveria um consenso político entre todos tais seres racionais e razoáveis com relação aos mesmos. O presente tópico não possui o objetivo de julgar se tal concepção de racionalidade é ou não a melhor existente entre as tantas possíveis, mas pura e simplesmente o de ressaltar que não é a única. E defender a idéia de que outras formas de racionalidade podem ser tão ou mais razoáveis.

Segundo Rawls, as condições de racionalidade das partes e do véu de ignorância excluem princípios arbitrários e inúteis, sendo os princípios resultantes destas condições, na posição original, os mais apropriados. O desinteresse mútuo e o véu de ignorância (condições abstratas) substituem a benevolência (encontrada em muitas concepções contratualistas) e fazem o mesmo papel da simplicidade e da clareza. Porém, Rawls presume que uma pessoa racional deve desejar o máximo possível de bens sociais primários (característica individualista tipicamente encontrada em sociedades ocidentais que vivem sob o modo de produção capitalista), o que afasta todos aqueles seres que possuem outro tipo de racionalidade:

Supus até aqui que as pessoas na posição original são racionais. Mas também presumi que elas não conhecem a sua concepção do bem. Isso quer dizer que, embora saibam que têm algum plano racional de vida, elas não conhecem os detalhes desse plano, os objetivos e interesses particulares que ele busca promover. Como podem então decidir quais concepções da justiça lhes trazem mais benefícios? Será que devemos supor que essas pessoas estão reduzidas à mera emissão de palpites? Para enfrentar essa dificuldade, postulo que elas aceitam a explicação do bem

⁷⁸ Para Rawls, o *razoável* é algo compartilhado publicamente, onde as pessoas se submetem a determinada estrutura do mundo social público, cooperativamente, em troca da garantia de que os outros indivíduos o farão igualmente. Numa sociedade razoável, as pessoas compartilham uma concepção de justo, de modo que diferentes indivíduos podem perseguir seus fins racionais (suas concepções de bem), respeitando-se a idéia de cooperação mútua. Segundo o autor, “dentro da idéia de cooperação equitativa, o razoável e o racional são noções complementares. Ambos são elementos dessa idéia fundamental, e cada um deles conecta-se com uma faculdade moral distinta – respectivamente, com a capacidade de ter um senso de justiça e com a capacidade de ter uma concepção de bem”. RAWLS, John. *O liberalismo político*; p. 95-96.

que foi abordada no capítulo anterior: essas pessoas supõem que geralmente preferem ter uma quantidade de bens sociais primários maior ao invés de uma menor.⁷⁹

Desta forma, a teoria da justiça de Rawls é desenvolvida com base numa concepção particular e contingente de racionalidade, pressupondo que as pessoas na posição original seguem uma lógica individualista. Outras formas de racionalidade diferentes da defendida pelo autor são, portanto, deixadas de lado e os seus adeptos não são representados na posição original.

Nesse viés, uma comunidade que vive com base em outros valores, como a reciprocidade ou a solidariedade⁸⁰, por exemplo, onde as pessoas tendem a preferir menos bens sociais primários, são desconsideradas na posição original. Rawls limita-se a dizer que, caso um indivíduo prefira menos bens sociais primários, por razões de crença moral, religiosa ou filosófica, ele possui condições de renunciar a tais vantagens após a divisão inicial. Sua racionalidade fica, assim, em segundo plano. Pois bem, ao satisfazer os interesses de uma concepção individualista prioritariamente, fica claro que a concepção rawlsiana funda-se, desde o princípio, numa idéia de que um ser racional é um ser individualista.

A lista de liberdades básicas iguais, pressuposta por Rawls como sendo objeto de um consenso na posição original, da mesma forma, deriva-se tanto de um raciocínio analítico quanto de uma concepção histórica de direitos humanos, nascida na modernidade, no mundo ocidental. Não há, portanto, garantias de que tais convicções não serão superadas no futuro.

Toda razão é construída historicamente⁸¹. Não obstante, reconhece-se a necessidade de que haja princípios políticos universais que orientem a coexistência pacífica e respeitosa

⁷⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*; p.153.

⁸⁰ É importante destacar que o segundo princípio de justiça desenvolvido por Rawls contém elementos, por exemplo, de reciprocidade, fraternidade, solidariedade e reparação. A crítica que se faz aqui se refere apenas ao fato de que a posição original, por ser o ponto de partida de toda a teoria do autor, onde são construídos os princípios de justiça, deveria considerar outras formas de racionalidade. Desta forma, talvez se fizesse desnecessária a crítica feita no tópico anterior, uma vez que, sem a pressuposição de que os indivíduos na posição original são seres individualistas, dificilmente se deixaria de lado, na ocasião da escolha das liberdades básicas iguais, a garantia de que não haverá nenhuma propriedade privada dos meios de produção e recursos naturais.

⁸¹ Ver o próximo capítulo deste trabalho.

de diferentes culturas. Porém, o conteúdo material destes princípios políticos deve ser construído por cada comunidade.

Diferentes indivíduos e comunidades éticas, em momentos históricos diversos, poderiam escolher liberdades básicas diferentes das escolhidas por Rawls, uma vez que estariam agindo sob uma diferente racionalidade. Desta forma, os princípios políticos de justiça devem ser tidos como princípios que possuem a única finalidade de possibilitar a cada indivíduo e a cada cultura (e concepções morais abrangentes, de um modo geral) o seu pleno e livre desenvolvimento, em condições de igualdade de oportunidades, limitando-se apenas na liberdade quando exercida por outro indivíduo ou grupo.

Assim, os princípios políticos de justiça poderiam ser utilizados, com a ressalva aqui feita acerca da vedação de qualquer forma de propriedade privada dos meios de produção (a qual se origina da concepção individualista de racionalidade, aqui criticada), como base para a elaboração de uma constituição justa. Entretanto, a presente pesquisa baseia-se em uma leitura possível de um modelo histórico e real de Estado democrático de direito, o brasileiro. Convém, deste modo, que se ressalte a manifesta inconformidade da constituição brasileira com os princípios de justiça de John Rawls, na medida em que esta não resguarda uma igualdade de oportunidades aos diferentes indivíduos (permitindo, por exemplo, que serviços básicos de educação, saúde e transporte sejam controlados pela iniciativa privada) e admite a existência de enormes desigualdades injustificáveis sem que sequer se tenha alguma vantagem aos membros menos favorecidos da sociedade⁸². Nesse sentido, a contribuição da teoria de Rawls para a presente pesquisa se dá, basicamente, na possibilidade de uma fundamentação filosófica de um sistema de justiça política que respeite as diferenças e busque atingir uma sociedade mais justa e equitativa. A concepção política de Rawls pode ser utilizada como limite de uma razão pública razoável e pode servir para orientar uma leitura crítica de um sistema real de justiça.

⁸² Por exemplo, em uma pesquisa realizada no Brasil, no ano de 1997 (PNAD 1997), constatou-se que 10% dos brasileiros mais ricos recebem 47,2% do total de rendimento entre todas as pessoas economicamente ativas no país, enquanto que os 50% mais pobres recebem apenas 13,4% deste total. HOFFMANN, Rodolfo. *Mensuração da desigualdade e da pobreza no Brasil*. Artigo disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/desigualdadeepobrezabrasil/capitulo03.pdf>. Acesso em 15/05/2007.

3 JUSTIÇA E RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA EM PERELMAN

3.1 APRESENTAÇÃO

O debate filosófico, segundo Perelman, gira em torno do conteúdo emotivo de determinados conceitos. O aprimoramento científico de um destes conceitos, ou de uma palavra, não resolve definitivamente o problema filosófico que lhes é inerente; apenas transfere seu conteúdo emotivo para outra palavra ou termo. Assim, ao aprimorar uma concepção vaga e transformá-la em uma idéia mais precisa cientificamente, o filósofo não elimina as controvérsias inicialmente constatadas, mas as transfere à outros conceitos. Por essa razão, nenhuma noção filosófica poderá ser tida como absoluta, posto que esta encontrar-se-á sempre em construção. Inacabada e imperfeita.

Para este autor, o filósofo moral tem muito a aprender com o estudo do direito, uma vez que a lógica jurídica (a exemplo da filosofia moral) funciona de uma forma diferente da lógica formal, estudada em filosofia. A racionalidade jurídica (e moral) é, nesse viés, argumentativa⁸³, pois busca atingir o razoável. Nesse sentido, os discursos jurídicos seriam direcionados à um *auditório universal*⁸⁴ e, reconhecidamente, incompletos. Com a nova retórica, resgatada⁸⁵ da Grécia Antiga por Perelman, o *razoável* passa a representar um

⁸³ “Essa argumentação será qualificada de racional quando se achar que ela é válida para um auditório universal, constituído pelo conjunto das mentes razoáveis. Mas a idéia que se pode fazer desse auditório não é inteiramente fundamentada, nem na experiência, nem numa intuição evidente ou numa revelação transcendente, mas é, ela mesma, condicionada histórica e socialmente.” PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*; p. 94-95.

⁸⁴ O conceito de *auditório universal* é fundamental para o presente trabalho e será desenvolvido no decorrer da explanação.

⁸⁵ O referido autor, em suas obras, “não se limita em resgatar a retórica grega. Esta se prestava a buscar a adesão por meio do discurso verbal, na presença de pessoas. A nova retórica amplia o conceito de auditórios, isto é, a quem a argumentação se dirige, estudando sobretudo os casos de argumentação através da palavra escrita, principal meio de persuasão no mundo contemporâneo.” (LEMGRUBER, M. S. *Reason, pluralism, and argumentation: Chaim Perelman's contribution*. História, Ciências, Saúde: Manguinhos, vol. 6, nº. 1, p. 101-111. Março/Junho, 1999. ISSN 0104-5970, p. 101-111). Para Clarice Söhngen, “a diferença substancial entre a Retórica de Aristóteles e a Nova Retórica reside exatamente na concepção de auditório universal elaborada por Perelman, a qual institui a própria racionalidade argumentativa a que se propõe.” (SÖHNGEN, Clarice Costa. *Nova retórica e argumentação: A razão prática para uma racionalidade argumentativa de*

ideal. Não mais um ideal de perfeição, como queriam os racionalistas, mas um ideal de plausibilidade, de equidade⁸⁶.

Para Perelman, o auditório ao qual se dirigem os discursos filosóficos (apesar de chamá-lo de *universal*), é variável conforme ao momento histórico e às convicções político-filosóficas de cada indivíduo, cada sociedade⁸⁷. Portanto, não se trata de algo absoluto como o imperativo categórico kantiano⁸⁸. Sua lógica é argumentativa. Utilizando-se a argumentação, pode-se atingir o razoável.

Nesse sentido, é fundamental a distinção que o autor faz entre lógica formal (demonstrativa e coercitiva) e lógica jurídica (argumentativa e persuasiva). Num sistema formal, tese e antítese não convivem; num sistema jurídico, no entanto, várias respostas, mesmo antagônicas, podem ser razoáveis.

A concepção perelmaniana de justiça leva à constatação de que um sistema jurídico é fundamentado, em última instância, em valores. Estes são sempre arbitrários, na medida em que não decorrem de nenhum raciocínio lógico-formal. Assim, um sistema de direito está sempre vinculado a uma necessidade de coerência com os valores que lhe dão fundamento, os quais não são absolutos, mas defensáveis diante do auditório universal de uma determinada comunidade ética.

Deste modo, várias concepções distintas de justiça podem coexistir, sem que se possa apontar em absoluto e *a priori* qual deve prevalecer sobre as demais. No entanto, Perelman encontra uma semelhança entre as mais diferentes concepções de justiça material,

Perelman. In: ARONNE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: estudos preliminares*; p. 199). Robert Alexy, por sua vez, diferencia o modelo perelmaniano, de fundamentação argumentativa, do modelo aristotélico, de inferência dialética, justamente pelo fato de que, neste, a conclusão deve seguir logicamente as premissas, enquanto que naquele a vinculação entre as premissas e a conclusão requer adesão. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 167).

⁸⁶ É importante destacar que a palavra *equidade*, para Perelman, possui um sentido distinto do dado por Rawls. Enquanto que este utiliza o termo para nomear sua concepção de justiça, construída a partir da posição original, Perelman fala em *equidade* como um sentimento moral de justiça, que deve ser equilibrado com concepções formais, como a que prioriza a segurança jurídica. Neste capítulo, quando se falar em *equidade*, o sentido dado ao termo é o utilizado por Perelman.

⁸⁷ Segundo Perelman, “O auditório universal é constituído por cada qual a partir do que sabe de seus semelhantes, de modo a transcender as poucas oposições de que tem consciência. Assim, cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal (...)”. PERELMAN, Chain, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 37.

⁸⁸ Que pode ser resumido pelo seguinte enunciado: “age segundo a máxima que possa fazer a si mesma lei universal.” KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*; p. 67.

a qual chama de fórmula de justiça formal. Daí decorre a necessidade de respeito aos precedentes judiciais como forma de manutenção da regularidade do sistema. Havendo boas razões, no entanto, um precedente pode ser contrariado, necessitando uma especial motivação por parte do juiz.

O presente capítulo possui a finalidade de discutir algumas das idéias contidas no livro *Ética e direito*, para apurar em que medida as mesmas são aplicáveis ao *Estado socioambiental e democrático de direito* contemporâneo, cujos valores fundamentais derivam-se de uma concepção de igualdade em sentido material, aliada a uma idéia de preservação do meio ambiente⁸⁹. Discutir-se-á a relação entre matéria e forma no debate jurídico, propondo-se alternativas ao formalismo positivista, que ainda domina tanto o ensino quanto a prática jurídica brasileira. Procurar-se-á, também, encontrar uma complementaridade entre as teorias de Perelman e Rawls, no sentido de se adotar os dois princípios políticos de justiça de Rawls como limites formais aos mais variados auditórios universais possíveis e, deste modo, evitar que haja interferências arbitrárias e opressoras entre diferentes concepções morais abrangentes.

3.2 LÓGICA FORMAL X LÓGICA JURÍDICA: O RACIONAL E O RAZOÁVEL

É fundamental o rompimento de Perelman com a concepção positivista moderna, que buscou assimilar o sistema jurídico a um sistema formal⁹⁰. Para o autor, as leis lógicas são formais, no sentido de que não dependem da matéria do raciocínio, o que lhes confere uma generalidade que possibilita sua aplicação nas mais variadas áreas. Desta forma, a

⁸⁹ Tais idéias serão trabalhadas no próximo capítulo do presente trabalho.

⁹⁰ A lógica moderna, primeiro cartesiana (que confere importância essencial às intuições evidentes), depois leibniziana (que se vincula, sobretudo, ao estudo de cálculos formalizados), se limita ao estudo das provas que qualificava de *analíticas*, omitindo todas aquelas que qualificava de *dialéticas*, que são as que vêm apoiar uma opinião ou que se opõe a ela. Tais provas dialéticas são típicas da argumentação jurídica, posto que não excluem argumentações em sentido oposto. Não se trata de cálculos matemáticos, exatos, mas de argumentações mais ou menos convincentes. Por isso, é necessário que se tenha a figura do juiz, que, através de um raciocínio jurídico, irá fundamentar sua preferência por uma ou outra argumentação, uma ou outra prova.

lógica formal *se torna uma disciplina que deixa de ser filosófica e adquire o respeitável estatuto de uma ciência rigorosa*⁹¹. No entanto, a lógica jurídica

jamais se apresenta sob a forma de uma demonstração formalmente correta ou incorreta. Um argumento não é correto e coercivo ou incorreto e sem valor, mas é relevante ou irrelevante, forte ou fraco, consoante razões que lhe justificam o emprego no caso. É por isso que o estudo dos argumentos, que nem o direito nem as ciências humanas nem a filosofia podem dispensar, não se prende a uma teoria de demonstração rigorosa, concebida a exemplo de um cálculo mecanizável, mas a uma teoria da argumentação⁹².

Para Perelman, o raciocínio jurídico seria uma espécie de ponderação dialética razoável entre o raciocínio puramente moral, o qual chama de *pragmatismo* (que permite que haja uma total liberdade de julgamento, representando o senso de equidade que cada indivíduo possui) e o raciocínio lógico-formal, o qual chama de *formalismo* (que proporciona a segurança jurídica, limitando o poder de apreciação à observância lógica das regras existentes, incluindo-se os precedentes, a dogmática e a jurisprudência).

A lógica jurídica se apresenta, assim, como o conjunto das técnicas de raciocínio que permitem ao juiz conciliar, em cada caso específico, o respeito pelo direito com a aceitabilidade da solução encontrada. A fonte de direito, tal como é reconhecida em cada sistema, servirá de ponto de partida para o raciocínio dos juristas, que se esforçarão por adaptar os textos jurídicos às necessidades e às aspirações de uma sociedade viva⁹³.

A lógica formal possui caráter coercitivo, pois utiliza provas analíticas, as quais não dependem do convencimento ou do acordo do interlocutor. Já a lógica jurídica é argumentativa, uma vez que requer adesão. Nesta, utilizam-se provas dialéticas (no sentido aristotélico do termo), as quais visam convencer ou, pelo menos, persuadir o juiz, levando-o a resolver uma controvérsia através de um raciocínio jurídico, motivando sua decisão com base no sistema de direito pelo qual deve pautar-se. *Essa motivação fornecerá a um só tempo as razões que pareceram prevalecer, assim como a refutação das objeções opostas à*

⁹¹ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 470.

⁹² PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 471.

⁹³ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 448.

*tese defendida pelo juiz*⁹⁴. Portanto:

Não basta dizer que a ciência do direito só deve ocupar-se com o que não é controverso: ela ficaria, então, na superfície formal do direito e não cumpriria o papel essencial de guia dos juízes em busca de soluções conformes ao direito e à equidade. Ela não pode cumprir esse papel sem a busca de justificações, que deixariam as decisões conformes à equidade e à segurança, ou seja, à justiça formal que exige que se trate da mesma forma situações essencialmente semelhantes. Mas, para alcançar esses fins, ela não pode dispensar argumentações que justificariam as soluções preconizadas. É o recurso a estas, à lógica jurídica por ela empregada, que explica as características próprias da deliberação, da motivação e do litígio em direito. Se se quisesse limitar a lógica jurídica à lógica formal, deformar-se-ia a própria realidade do raciocínio dos juízes e dos advogados.⁹⁵

Desta forma, Perelman afasta do direito a pretensão positivista de exclusividade das formas de raciocínio do tipo lógico-formal. Esta lógica formal, estudada em filosofia, é racional, na medida em que analisa demonstrações de caráter coercitivo. Entretanto, não necessariamente conduzirá a um resultado razoável. Já a lógica jurídica, por tratar de questões extremamente complexas e controversas, com inúmeras implicações, tem que buscar o razoável, o qual não deixa de ser racional, na medida em que também decorre de uma racionalidade. Entretanto, trata-se de uma racionalidade jurídica.

Porque o jurista deve recorrer a raciocínios alheios à demonstração matemática? É, acima de tudo, porque deve tratar de questões de fato, que não podem resultar de raciocínios puramente formais. Mas, mesmo quando se trata de raciocinar em direito, as técnicas do raciocínio demonstrativo não podem ser suficientes. Basta refletir, um instante, no papel da controvérsia em direito, no modo como é organizado o procedimento que permite conhecer o pró e o contra, e se admitirá que estamos diante de técnicas de raciocínio alheias à matemática. É que, em direito, a pessoa não se contenta em deduzir, mas *argumenta*, e todo estudo do raciocínio e da prova em direito que descurasse dessa situação ignoraria o que constitui a especificidade da lógica jurídica.⁹⁶

A lógica seguida pelo raciocínio jurídico se difere da lógica formal, portanto, pelo fato de que busca a aceitação e não exclui argumentações em sentido contrário. As partes argumentam diante de um auditório universal, o qual é representado, no direito, pelos

⁹⁴ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 497.

⁹⁵ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 419.

⁹⁶ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 472.

juízes, os quais são – presumidamente – pessoas esclarecidas e capazes de compreender os valores historicamente conquistados por uma sociedade. Nesse sentido, o juiz possui condições de deixar de aplicar uma lei que seja injusta diante de tais valores.

Existem, entre o entendimento de Perelman e o de Rawls, acerca do *razoável* e do *racional*, algumas diferenças, as quais podem ser resumidas assim: para Rawls, *razoável* e *racional* são idéias derivadas das duas capacidades morais da pessoa (buscar uma concepção de justo e uma concepção de bem, respectivamente, sendo que uma concepção de justo é *razoável* na medida em que for compartilhada intersubjetivamente), enquanto que o sentido dado por Perelman para *razoável* aproxima-se mais de *plausibilidade*, referindo-se ao teor de uma argumentação dirigida a um auditório universal. O *racional*, para este autor, é aquilo que se adequa a uma determinada racionalidade

3.3 O AUDITÓRIO UNIVERSAL COMO CONSTRUÇÃO HISTÓRICA

Para Perelman, tanto na filosofia moral quanto no direito, não existe como se buscar uma razão matemática, infalível, que se mostre válida para todas as situações possíveis, uma vez que cada indivíduo, ou mesmo cada sociedade, possui diferentes concepções valorativas com relação ao que é certo ou errado, justo ou injusto, belo ou feio. Por essa razão:

(...) a idéia de que existem princípios de justiça análogos a princípios matemáticos que, corretamente aplicados, forneceriam sempre soluções justas, sejam quais forem as circunstâncias, se mostra contrária à realidade⁹⁷.

No entanto, mesmo não havendo verdades absolutas em tais campos de conhecimento, Perelman busca, ciente de suas limitações humanas, encontrar uma racionalidade que justifique não mais o racional puro, absoluto, mas o *razoável*, que é, por

⁹⁷ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 253.

natureza, imperfeito e incompleto. Enquanto que a lógica formal busca resultados racionalmente exatos (o que não significa que estes sejam necessariamente razoáveis), a lógica jurídica, por sua vez, também busca atingir resultados racionais. Contudo, o que diferencia estas duas formas de racionalidade é o mecanismo utilizado por cada uma delas: enquanto aquela se preocupa em buscar uma única solução, coercitiva e necessária, esta procura, antes de mais nada, afastar os resultados manifestamente desarrazoados ou iníquos (mesmo que estes decorram de um raciocínio formalmente perfeito), e atingir, assim, um acordo acerca de uma resposta que possa ser justificada racional e argumentativamente, diante dos valores aceitos por uma dada sociedade em um determinado momento histórico.

Enquanto o racional se refere, de um modo variável conforme os autores, a verdades eternas e imutáveis, a um direito ou a uma moral universalmente válidos, a provas coercivas, ao espírito sistemático, ao uso dos melhores meios com vistas a um dado fim, o razoável é uma noção mais vaga, com conteúdo condicionado pela história, pelas tradições, pela cultura de uma comunidade. O que pode ser considerado razoável numa sociedade, numa época, pode deixar de sê-lo noutra sociedade ou noutra época⁹⁸.

O *razoável* aparece, desta forma, como uma construção argumentativa, fundamentada, em última instância, pelos valores aceitos por uma dada sociedade, dirigida a um auditório abstrato, que seria, teoricamente, formado por um conjunto de pessoas competentes e dotadas de bom-senso, a quem todos os discursos filosóficos são dirigidos. O que diferencia, basicamente, este auditório universal da concepção de justiça de John Rawls é justamente o fato de que os princípios políticos de justiça desenvolvidos por este autor visam um consenso sobreposto que seria válido em qualquer época, para qualquer comunidade de seres racionais, enquanto que o auditório universal é histórico e cultural.

Entretanto, as duas teorias parecem complementar-se, na medida em que o auditório universal, ao vincular-se aos valores historicamente conquistados por uma comunidade ética, não conhece quaisquer limitações formais, proporcionando o risco de que uma sociedade desenvolva princípios morais que desrespeitem e oprimam outras culturas ou

⁹⁸ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 253.

indivíduos. Desta forma, o presente estudo aceita os dois princípios de justiça de Rawls⁹⁹, cujo conteúdo material – desde a lista de liberdades básicas até o valor fundamental de um sistema particular – deve ser desenvolvido livre e argumentativamente por cada comunidade ética, diante de seu auditório universal. Assim, a complementaridade entre os autores se mostra possível e razoável.

3.4 OS VALORES COMO FUNDAMENTO RELATIVO E ABSTRATO DE TODAS AS CONCEPÇÕES MORAIS

Uma sociedade é composta por diferentes indivíduos. Cada um deles possui sua própria consciência moral, que, apesar de influenciada por fatores externos, realiza seus julgamentos de acordo com determinados valores abstratos, intimamente aceitos como corretos. Até hoje, não obstante as diversas tentativas empreendidas pelo homem, não se encontrou uma fonte absoluta (de qualquer natureza), que pudesse revelar objetivamente quais são os valores que devem ser tomados como verdadeiros e universais, por todos os indivíduos, em todas as diferentes épocas. Em vista disso, o presente trabalho não se propôs a investigar tais malsucedidas experiências, tampouco a buscar um novo critério objetivo de moralidade. Ao contrário, parte-se aqui da premissa de que os valores que fundamentam os juízos morais são relativos e abstratos e não seguem qualquer lógica matemática.

Todo ato moral inclui a necessidade de escolher entre vários atos possíveis. Esta escolha deve basear-se, por sua vez, numa preferência. Escolhemos *a* porque o preferimos pelas suas conseqüências a *b* ou *c*. Poderíamos dizer que *a* é preferível porque se nos apresenta como um comportamento mais digno, mais elevado moralmente ou, em poucas palavras, mais valioso. E, por conseguinte, deixamos de lado *b* ou *c*, porque se nos apresentam como atos menos valiosos ou de um valor moral negativo¹⁰⁰.

⁹⁹ Com o adendo de que, em uma sociedade ideal, a vedação de qualquer propriedade privada dos meios de produção e de recursos naturais deve ser considerada um direito fundamental, de acordo com as críticas desenvolvidas no segundo capítulo deste trabalho.

¹⁰⁰ VAZQUEZ, Adolfo Sanchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984, p.115.

O fato de se afirmar que um ato é moralmente valioso requer que se faça um juízo desse ato, com base em determinados valores abstratos. A humanidade, em diferentes épocas e lugares, escolhe os valores centrais que devem nortear as relações entre os indivíduos. Por isso, essa relatividade não significa que não se possa julgar uma conduta moral, com base em valores conquistados historicamente e vigentes em uma determinada comunidade. É fácil constatar que, em determinados momentos e lugares, já se aderiu a valores que hoje são considerados como absurdos, mas é necessário que se reconheça que tal juízo só pode ser feito com base em diferentes valores.

Desta forma, em moral, assim como em direito, nenhum julgamento pode ser completamente neutro. Ao julgar uma conduta moral, o indivíduo o faz livremente, com base em seus próprios valores. No caso de um julgamento de direito, devem ser considerados os valores reconhecidos pela sua sociedade como válidos, os quais podem ser encontrados, principalmente, nos costumes de seu povo, na sua jurisprudência consolidada, na doutrina e na dogmática jurídica. Note-se que o julgador, mesmo que supostamente¹⁰¹ livre de seus valores e crenças pessoais, está vinculado aos critérios acima, os quais não podem ser considerados como imparciais ou absolutos, vez que pertencentes a uma dada cultura e conquistados histórica e politicamente.

Mesmo que se admitisse (também ilustrativamente) que se está no momento final da história, onde as leis humanas atingiram um nível máximo de perfeição, tendo consolidado todos os valores e princípios abstratos que devem ser aceitos por uma sociedade efetivamente justa, na medida em que se tratar de concretizar tais leis na prática, enormes divergências não tardariam a aparecer entre diferentes indivíduos. Isso porque há diversas formas de se interpretar e aplicar uma mesma regra. Ao fazê-lo, se está, inevitavelmente, a concretizar algum valor abstrato, concordando-se ou não com ele. Por essa razão, ao tentar-se concretizar uma noção filosófica tão rica e controversa, como a de justiça,

¹⁰¹ É importante deixar registrado que a postura defendida neste trabalho não necessariamente concorda com a afirmação de que o julgador, em direito, está completamente livre de suas crenças e valores. O que se propõe, neste momento, é que se suponha tal tese, apenas com fins de fortalecer a argumentação da premissa de relatividade e abstração dos valores, na medida em que a escolha destes não decorre de um raciocínio lógico-formal, mas de sentimentos e convicções individuais.

inevitavelmente, utilizar-se-á valores abstratos e relativos.

E se nos dissermos que faz milhares de anos que todos os antagonistas, nos conflitos públicos e privados, nas guerras, nas revoluções, nos processos, nas brigas de interesses, declaram sempre e se empenham em provar que a justiça está do seu lado, que se invoca a justiça todas as vezes que se recorre a um árbitro, perceberemos imediatamente a incrível multiplicidade dos sentidos que se atribuem a essa noção, e a confusão extraordinária que é provocada por seu uso¹⁰².

Não há, portanto, segundo Perelman, como se falar em alguma idéia de justiça absoluta, com todo o seu conteúdo previamente determinado, mas sim, em diferentes formas de se concretizar tal noção, tão *colorida do ponto de vista afetivo*¹⁰³. Para se concretizar uma noção de justiça, na prática, é necessário um constante juízo de valor, uma vez que o indivíduo terá de escolher entre as diferentes formas possíveis de concretização da justiça, as quais Perelman chama de *fórmulas de justiça concreta*, as quais passarão a ser examinadas no próximo tópico, que tratará da noção de justiça formal desenvolvida pelo autor.

3.5 JUSTIÇA FORMAL E JUSTIÇA MATERIAL: A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO E DO PROCEDIMENTALISMO

Para Perelman, cada pessoa pode ter uma diferente concepção material sobre a justiça. A partir desta afirmação, surge a seguinte pergunta: Existirá alguma fórmula, mesmo que despida de qualquer conteúdo, que possa ser tomada como verdadeira, no que diz respeito à noção de justiça que se deve utilizar? Ou serão todas as noções de justiça contingentes e arbitrárias? Em que medida uma eventual noção formal de justiça pode (ou deve) equiparar-se a outras noções materiais de justiça (ou limitá-las)? É o que se buscará investigar a partir de agora.

¹⁰² PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; 8-9.

¹⁰³ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 5.

Em um artigo publicado originalmente em 1945¹⁰⁴, dedicado ao estudo da noção de justiça, Perelman elencou, a título exemplificativo, as seis concepções de justiça concreta por ele encontradas com mais frequência (as quais muitas vezes são incompatíveis entre si), com a finalidade de buscar alguma característica que fosse comum à todas elas e, se possível, através desta, estabelecer um conceito mais preciso e universal de justiça. É claro que não há como se estabelecer definitivamente todas as possíveis concepções de justiça existentes. Entretanto, as noções analisadas pelo autor apenas representam as mais frequentes entre os mais diferentes indivíduos e, portanto, seu estudo pode revelar-se muito proveitoso, mesmo para quem suspeita do raciocínio por ele desenvolvido, o qual busca encontrar uma fórmula objetiva de justiça formal, despida de qualquer conteúdo material. Por hora, cumpre que se faça um pequeno resumo de cada uma das referidas concepções encontradas, demonstrando, na medida do possível, exemplos práticos de sua utilização:

a) A cada qual a mesma coisa;

Esta concepção busca tratar todos os seres da mesma forma, sem qualquer distinção. Tal fórmula lembra o preceito contido no caput do artigo 5º da atual Constituição brasileira, que trata dos direitos e garantias individuais, nos seguintes termos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”. Convém lembrar, no entanto, que a igualdade de que trata esta concepção é apenas formal, ou seja, à cada pessoa corresponde um mesmo tratamento pela lei e pelo Estado. O que não pode ser confundido com aspirações de igualdade material entre os indivíduos, abarcada mais adiante, pela quarta fórmula elencada por Perelman.

b) A cada qual segundo seus méritos;

Nesta concepção, são os méritos morais de um indivíduo que determinam o tratamento a ele dado pela lei. Porém, trata-se de um preceito essencialmente controverso, por duas razões: a primeira delas reside no fato de ser praticamente impossível que haja um

¹⁰⁴ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p.3.

consenso com relação ao valor moral intrínseco de cada característica considerada como um mérito essencialmente relevante, sendo arbitrária qualquer objetivação nesse sentido. Além disso, as diferenças de tratamento dado aos diferentes indivíduos, com diferentes méritos, também requer uma valoração necessariamente arbitrária. No Brasil, para citar um exemplo prático do uso desta concepção, o artigo 101 da Constituição Federal estabelece que os ministros nomeados pelo presidente da república para compor o STF, órgão máximo do poder judiciário, devem ser pessoas com os seguintes méritos subjetivos: “notável saber jurídico e reputação ilibada”. Desta forma, a escolha de ministros transformou-se em uma decisão puramente política, uma vez que tais méritos são extremamente subjetivos e difíceis (para não dizer impossíveis) de serem mensurados.

c) A cada qual segundo as suas obras;

Trata-se de uma concepção semelhante à anterior. Um pouco mais objetiva, porém, não menos controversa. Aqui são as realizações materialmente comprovadas de um indivíduo que determinam o tratamento que ele receberá pela lei, não mais importando quaisquer intenções subjetivas. No entanto, as mesmas críticas feitas acima podem ser utilizadas contra esta concepção, que encontrará as mesmas controvérsias quando se tratar de estabelecer quais são as obras relevantes e qual a diferença de tratamento proporcionalmente dado pela lei aos diferentes níveis estabelecidos. Um exemplo disso é o critério utilizado pelo Estado para contratar servidores por concurso público. Além de serem realizadas provas objetivas, são consideradas as obras (ou méritos objetivos) para estabelecer a pontuação final de diferentes indivíduos.

d) A cada qual segundo as suas necessidades;

Aqui está uma concepção de justiça concreta que busca atingir uma maior igualdade entre as pessoas, no sentido material do termo. De acordo com esta concepção, aos mais desfavorecidos é dado um tratamento diferenciado, que busque satisfazer, ao menos, as suas mais básicas necessidades humanas. Tal idéia, como ressalta Perelman, encontra-se

presente na concepção contemporânea de direitos sociais – os quais surgiram em contraposição ao Estado liberal – e pode, facilmente, ser visualizada figurando no preâmbulo da constituição brasileira, além de ser representado pelo princípio estruturante da *dignidade da pessoa humana*, o qual aparece no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

e) A cada qual segundo a sua posição;

Esta é uma concepção aristocrática de justiça concreta, que busca dar um tratamento privilegiado aos indivíduos que possuem uma posição de destaque em relação aos demais, seja por motivo social, econômico, racial ou de acordo com qualquer outro critério, normalmente imposto através do uso da força. Conforme assinala Perelman, esta concepção normalmente é defendida apenas pelos indivíduos que dela se beneficiam e rechaçada pelos demais, por ela excluídos. Um claro exemplo prático desta concepção é a imunidade parlamentar concedida aos deputados brasileiros pelo parágrafo primeiro do artigo 53 da Constituição Federal, que diz que *os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa*.

f) A cada qual segundo o que a lei lhe atribui;

Trata-se de uma concepção de justiça positivista, onde a justiça é realizada na medida em que se aplicam as leis de um determinado lugar ao caso concreto, não importando seu conteúdo. Tal concepção, que por sua natureza formal, pode ser utilizada em conjunto com alguma (ou mesmo mais de uma) das demais concepções apresentadas, possui suas raízes na filosofia racionalista de Descartes e se desenvolveu fortemente na França através da *Escola da Exegese*, resultando, posteriormente, na já referida *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, que influenciou todo o direito ocidental. Ainda hoje, no Brasil, o ensino do direito nas universidades sofre grande e decisiva influência desta concepção, embora a literatura e boa parte da jurisprudência já reconheçam que a aplicação

do direito não se pode mais resumir à subsunção de fatos aos textos legais positivados¹⁰⁵. *É evidente que essa fórmula admite em sua aplicação tantas variantes quantas legislações diferentes houver*¹⁰⁶.

Os exemplos relatados acima demonstram como várias concepções de justiça concreta podem figurar num mesmo sistema de direito – no caso, o brasileiro –, mesmo sendo tais concepções por vezes contraditórias entre si, quando aplicadas a um caso concreto. Por seu caráter essencialmente abstrato, as diferentes fórmulas de justiça material podem ensejar inúmeras controvérsias quando se tratar da sua aplicação prática.

Por exemplo, quando a Constituição brasileira, no *caput* de seu artigo 5º, reconhece como iguais perante a lei todos os cidadãos, sem qualquer distinção, ela estaria contradizendo o também constitucional artigo 53, em seu parágrafo primeiro, que garante tratamento legal diferenciado aos cidadãos que integram o Congresso Nacional. Outro exemplo claro de choque entre diferentes princípios se dá quando um jornalista, ao exercer seu direito fundamental à liberdade de imprensa (assegurado pelo artigo 5º, inciso IX, da Constituição), divulga informações sobre uma investigação policial em curso, contra um determinado cidadão, gerando uma grande repercussão na sociedade e atingindo diretamente o princípio da presunção de inocência, resguardado pelo inciso LVII do mesmo artigo (ferindo, também, a honra e a imagem desta pessoa, cuja proteção figura no inciso X do mesmo dispositivo constitucional). Qual o princípio (concepção de justiça concreta) deve prevalecer? À luz de que valores arbitrários deve ser buscada uma resposta para este choque entre princípios?

Caso se adote uma concepção positivista, que assemelhe o direito à um sistema lógico-formal, não nos parece possível responder prontamente à questão, uma vez que existem dois princípios de mesma hierarquia constitucional, cada um apontando para uma resposta diferente. Mesmo que se busque a resposta em uma eventual legislação infraconstitucional, pode-se estar correndo o risco de aplicar-se uma norma arbitrária ou

¹⁰⁵ Robert Alexy inicia sua *Teoria da Argumentação Jurídica* com a seguinte frase de Karl Larenz, retirada de sua obra *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Metodologia da ciência do direito)*, 1989): “Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas”. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*; p.33.

¹⁰⁶ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 12.

desarrazoada, na sua relação com o fundamento axiológico do sistema. Para Perelman, no entanto, a resposta está no único elemento arbitrário da justiça: o valor que fundamenta o sistema de direito. Para ele, é necessário que se interpretem todas as regras e princípios como decorrentes do mesmo valor, presumidamente escolhido pela população como fundamento de todo o direito vigente.

Mas onde estaria tal valor, se os valores são abstratos e cada indivíduo pode ter sua própria concepção acerca da aplicação prática de um mesmo valor? Será que basta “estar escrito” em algum lugar (mesmo na própria Constituição) que determinado valor abstrato é o fundamento do sistema para acabarmos com toda e qualquer controvérsia acerca das mais variadas questões práticas que podem surgir? Não se estaria, assim, retomando uma postura positivista, ao buscar-se, novamente, uma resposta do tipo lógico-formal para a questão?

Mesmo que tenhamos um valor positivado (o que é representado por uma ou mais palavras), figurando formalmente como o núcleo de um sistema constitucional, este, para ser respeitado e, conseqüentemente, levado em consideração corretamente pelo aplicador do direito, necessita ser compreendido não apenas através de uma análise gramatical neutra (até porque não existe interpretação valorativa neutra), mas de uma leitura que leve em consideração os aspectos temporais e espaciais que levaram tal valor a se desenvolver de determinada maneira. Ou seja, é necessária uma compreensão não apenas formal do sentido dado para tal valor, mas uma compreensão material, sensitiva e razoável do mesmo, sendo considerados os aspectos históricos que o levaram a figurar como fundamento de um sistema democrático de direito. No caso do chamado *Estado socioambiental e democrático de direito*, este valor está intimamente relacionado com uma concepção de *dignidade*, que, por sua vez, é decorrente de uma evolução, também material, dos direitos fundamentais, conforme se pretende demonstrar no capítulo seguinte.

Como se percebe, cada fórmula de justiça concreta expressa um diferente valor. Na primeira delas, o valor predominante é o da liberdade (assegurado pela máxima de igualdade formal entre os indivíduos), enquanto que nas restantes, os valores predominantes determinam quais as categorias de indivíduos devem ser consideradas essencialmente relevantes para a distinção de tratamento, bem como, as medidas desta diferença em cada categoria diferente.

Os exemplos utilizados neste trabalho demonstram que todas as concepções apresentadas por Perelman, apesar de, muitas vezes, contraditórias entre si (diante de um caso concreto), podem conviver dentro de um mesmo sistema, como o do Estado democrático de direito brasileiro, estando algumas delas, inclusive, presentes em uma mesma constituição. Mais adiante, num próximo tópico, esta constatação será de suma importância. Por ora, seguir-se-á o raciocínio de Perelman, no intuito de se desenvolver melhor o seu conceito de *justiça formal*.

Segundo o autor, não obstante à diversidade e eventual oposição entre as concepções de justiça concreta analisadas, há um fator comum a todas as fórmulas expostas acima: o fato de que cada indivíduo essencialmente semelhante deve ser tratado da mesma forma. Por exemplo, na fórmula *a cada qual segundo seus méritos*, todas as pessoas com semelhantes méritos (portanto, mesma categoria essencial) devem ser tratadas da mesma forma pela lei. No caso da primeira fórmula (a da igualdade formal), todos os indivíduos pertencem à mesma categoria essencial e devem, portanto, ser tratados da mesma maneira.

Chega-se, desta forma, ao que o autor passa a chamar de *justiça formal*, a qual poderia ser representada pela seguinte fórmula: *seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma*. Trata-se de uma noção positivista, como reconhece o próprio autor, trinta e quatro anos mais tarde¹⁰⁷, pelo fato de não haver nela qualquer conteúdo material, a qual visa, antes de mais nada, evitar a discricionariedade do juiz. Portanto, através da fórmula de *justiça formal* não se pode chegar à qualquer idéia de justiça concreta absoluta.

Entretanto, é de suma importância que se compreenda tal conceito, uma vez que ele fundamenta, basicamente, o vínculo do precedente judiciário com as decisões futuras, independentemente do sistema em que se esteja inserido. Um sistema, por mais arbitrário que seja o valor que o fundamenta, necessita de uma certa segurança para se concretizar. Nas palavras de Perelman, *a justiça possui um valor próprio, sejam quais forem os outros valores nos quais se fundamente: é aquele que resulta do fato de sua aplicação satisfazer a uma necessidade racional de coerência e de regularidade*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 677.

¹⁰⁸ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 62-63.

Para Perelman, as regras de um sistema de justiça devem buscar a coerência racional com os valores que as fundamentam (não importando, seguindo-se este raciocínio, o conteúdo dos mesmos) e a regularidade na sua aplicação, sendo considerados, portanto, os precedentes como fonte de direito. Desta forma, pressupõe-se que as decisões mais antigas estão de acordo com o direito vigente, fazendo-se necessária uma especial justificação das decisões judiciais que as contrariem, que apresentem inovações nesse sentido.

Coerência e regularidade são termos da linguagem perelmaniana que assemelham-se muito aos termos utilizados por Canaris, em sua obra já citada, o qual fala em adequação (ordenação) e unidade como *premissas teórico-científicas e hermenêuticas*¹⁰⁹. A adequação (ou ordenação) *pretende expressar um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível*¹¹⁰, manifestando uma aplicação regular do sistema, dito de outra forma, enquanto que a unidade *permite reconduzir particularidades desconexas a uns quantos princípios fundamentais*¹¹¹, traduzindo a necessidade de uma coerência na concretização do sistema

Diferentemente de um julgamento moral, que pressupõe que haja liberdade total para o julgador escolher entre os diferentes valores (ou mesmo utilizar vários deles ao mesmo tempo, livremente), e criar sua concepção individual acerca do justo e do injusto, um julgamento de direito pressupõe determinados valores, que figuram na constituição de um determinado lugar (expressa ou implicitamente), os quais expressam a direção na qual as relações sociais e, portanto, as decisões jurídicas, devem seguir no âmbito da dita sociedade.

É claro que diversos valores, mesmo antagônicos, podem fundamentar um sistema de direito, podendo este conciliar, na prática, através de regras, diversas fórmulas de justiça concreta. Tais valores são o ponto de partida de toda justificação jurídica. Eles expressam uma necessária arbitrariedade, pois revelam uma escolha feita pelas pessoas que elaboraram a constituição de um determinado Estado, a qual, presumidamente, representa a vontade de sua população.

¹⁰⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*; p. 14.

¹¹⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*; p. 35.

¹¹¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*; p. 35.

A elaboração e a aplicação das normas devem ser coerentes com tais valores, servindo tal coerência para justificar moralmente tanto as regras jurídicas quanto as decisões judiciais de um determinado Estado. A regularidade seria, nesse sentido, uma ferramenta fundamentada no princípio da igualdade, intrinsecamente relacionada com a fórmula de justiça formal desenvolvida por Perelman, servindo, antes de mais nada, para que se evite a arbitrariedade. *No interior de um sistema, desde que não se ponha em discussão o princípio fundamental que lhe serve de base, a justiça terá um sentido bem definido: o de evitar qualquer arbitrariedade nas regras, qualquer irregularidade na ação*¹¹².

Portanto, uma regra não é arbitrária em si: torna-se arbitrária apenas na medida em que permanece injustificada. Como tanto a arbitrariedade quanto a justificação são relativas a outras regras, todo o sistema é fundamentado nos princípios que estão em sua base, e seu valor é vinculado ao valor das afirmações arbitrárias e injustificadas que lhe servem de fundamento. Assim é que, definitivamente, todo sistema de justiça dependerá de outros valores que não o *valor de justiça*, e seu valor propriamente moral dependerá das afirmações arbitrárias a partir das quais se desenvolve¹¹³.

Assim, todo sistema de direito contém em si, em sua fundamentação, um juízo de valor, *explícito ou implícito, que, longe de descrever o fenômeno jurídico tal como se manifestou na história, despreza todo direito que não emana do Estado e de seus órgãos*¹¹⁴. Em outras palavras, a fundamentação de um sistema de direito é, em última instância, arbitrária. Assim mesmo, *todo o sistema é fundamentado nos princípios que estão em sua base*¹¹⁵, os quais, por sua vez, decorrem de valores.

*Somos levados, assim, a distinguir três elementos da justiça: o valor que a fundamenta, a regra que a enuncia, o ato que a realiza.*¹¹⁶ Desta forma, Perelman classifica o valor que fundamenta o sistema de justiça como o elemento mais importante, sendo o único arbitrário, o qual deve ser justificado diante de um auditório universal. Dele decorrem

¹¹² PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 63.

¹¹³ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 60-61.

¹¹⁴ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 452.

¹¹⁵ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 60.

¹¹⁶ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 63.

as normas e os atos, os quais, ao contrário, seriam elementos racionais. A norma justa é aquela que respeita racional e coerentemente o valor que a fundamenta e o ato justo é aquele que regularmente trata da mesma forma os seres da mesma categoria essencial.

Na medida em que se reconhece a fundamentação axiológica do direito, seguindo-se a teoria perelmaniana, surgem as necessidades de coerência (critério material) e de regularidade (critério formal) de um sistema jurídico. Faz-se, deste modo, necessário que se encontrem meios de resolver eventuais conflitos entre ambos. O que fazer, por exemplo, diante de uma lei injusta? Ou de um caso extremamente peculiar? É preciso que se encontrem meios de resolver este tipo de questionamento. E tais meios devem estar de acordo com os valores fundamentais do sistema, os quais são derivados de uma concepção particular de justiça material. O próximo tópico possui o propósito de analisar este conflito entre coerência e regularidade no contexto do *Estado socioambiental e democrático de direito* contemporâneo.

3.6 A JUSTIÇA NA PRÁTICA: MATÉRIA X FORMA (O QUE ESTÁ EM JOGO)

O conflito entre equidade e segurança, matéria e forma, é central, não só na obra de Perelman, mas em toda a Filosofia do Direito. O que Perelman propõe é uma busca, através da argumentação razoável, de conciliação entre as duas coisas. No entanto, ao equilibrar ambas e dar preferência ora à uma, ora à outra, parece deixar de lado, em alguns pontos, a sua idéia de racionalidade jurídica, que preza pela matéria, pela imperfeição do razoável, em detrimento da aparente perfeição da lógica formal.

O fato é que, como se sustenta aqui, o Estado democrático de direito se desenvolveu a partir dos valores de segurança. Esta era colocada acima de tudo, com a finalidade de se prevenir a tirania. O resguardo das liberdades individuais conquistadas pela Revolução Francesa era a prioridade de um sistema formal que necessitava de segurança para se desenvolver. Esta era mais importante do que a equidade. O Estado liberal, fundamentado, obviamente, no valor da liberdade, dava clara predominância à segurança, em prejuízo da

equidade. À liberdade, em prejuízo da igualdade. À forma, em prejuízo da matéria. Nesse sentido, a liberdade era material, enquanto que a igualdade, apenas formal.

Com o advento das segunda e terceira dimensões de direitos fundamentais¹¹⁷, a equidade, apesar de subjetiva (entendida por Perelman como aquilo que é razoável para um auditório universal), passou, certamente, a ser um limitador da segurança, embora ambos sejam valores importantes. Não há mais razão, no Estado democrático de direito contemporâneo, para se colocar a segurança acima da busca pela verdade. De fato, há que se conciliar ambas. Nunca, porém, em detrimento da equidade. O próprio Perelman observa que o juiz possui condições de fundamentar satisfatoriamente sua decisão equitativa, na maioria dos casos:

O raciocínio jurídico, mesmo sendo sujeito a regras e a prescrições que limitam o poder do juiz na busca da verdade e na determinação do que é justo – pois o juiz deve amoldar-se à lei –, não é mera dedução que se ateria a aplicar regras gerais a casos particulares. O poder concedido ao juiz de interpretar e, eventualmente, de completar a lei, de qualificar os fatos, de apreciar, em geral livremente, o valor das presunções e das provas que tendem a estabelecê-los, o mais das vezes basta para permitir-lhe motivar, de forma juridicamente satisfatória, as decisões que seu senso de equidade lhe recomenda como sendo, social e moralmente, as mais desejáveis.¹¹⁸

Observe-se que, ao admitir que o juiz possui tal poder discricionário, Perelman parece concordar com nossas observações atinentes à possibilidade de um juiz utilizar-se dos valores que fundamentam o sistema de justiça para julgar um caso concreto. Porém, para o autor, isso se dá através do poder de apreciação das provas, das presunções, o que, o mais das vezes, ocorrerá através do recurso à ficção.

Portanto, há que se divergir do autor neste ponto. No entendimento aqui sustentado, há, dentro do próprio sistema, meios para que se motive satisfatoriamente uma decisão materialmente, através da utilização dos princípios constitucionais na base de argumentação (que representam os valores fundamentais a serem resguardados pelo sistema). Caso alguma norma meramente formal obstrua tal caminho, a mesma deve ser considerada inadequada ao caso concreto, pois manifestamente inconstitucional.

¹¹⁷ Ver o próximo capítulo do presente trabalho.

¹¹⁸ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 489.

E é através de um novo tipo de racionalidade que Perelman deseja superar, ao mesmo tempo, o positivismo e as arbitrariedades de um julgamento puramente moral. Como já se falou, a racionalidade argumentativa não busca mais a única solução possível para um problema concreto, que poderia ser obtida por uma máquina de calcular, mas sim a resposta considerada mais razoável pelo juiz, diante de um sistema de direito, vivo e imperfeito. Por essa razão, nada impede que um juiz deixe de considerar um precedente, ou mesmo uma regra escrita, quando sua aplicação lhe parecer injusta, por ferir seu senso de equidade, ou mesmo por se tratar de um caso fortuito.

Como a lei não prevê solução para casos totalmente imprevisíveis¹¹⁹, Perelman propõe a aplicação de princípios gerais de direito, ou mesmo, da equidade, para resolver o problema dos casos fortuitos. No entanto, faltam à teoria perelmaniana formas eficazes de se justificar satisfatoriamente uma decisão que contrarie a subsunção de um fato à uma norma válida, em prol da equidade (tida aqui como sentimento de justiça, baseado nos valores fundamentais) por si só.

Mesmo reconhecendo que o sistema se fundamenta em princípios, a solução dada pelo autor sugere que o juiz recorra à ficção, sempre que considerar uma norma inaceitável. O recurso à ficção, apesar de solucionar alguns problemas práticos, não resolve a questão.

Um bom exemplo disso é a posição do autor com relação à eutanásia, em casos extraordinários, em que, moralmente, seja razoável que se abra uma exceção à norma. Para ele, cumpre que a lei continue a proteger o direito à vida de cada ser humano, porém, em certas situações, apesar da severidade da lei, o recurso à ficção pode ajudar a flexibilizar a norma jurídica nos casos em que a consciência popular desejar uma absolvição, como, por exemplo, no caso do nascimento de uma criança monstruosa, que corre risco de vida¹²⁰.

Pelo que se pôde compreender da visão perelmaniana, principalmente no âmbito do *Estado socioambiental e democrático de direito*, não há mais razão para que se tenha que

¹¹⁹ O exemplo mais claro utilizado por Perelman é o da suspensão parcial da constituição belga, após a Primeira Guerra Mundial, período no qual o Rei foi o único órgão do poder legislativo a conservar sua liberdade de ação, tendo legislado sozinho durante este período, contrariando as disposições constitucionais, que impediam a suspensão, no todo ou em parte, da aplicação da constituição. A argumentação do procurador-geral que decidiu o caso, para demonstrar a constitucionalidade dos decretos-leis da guerra, se baseava no que classificava como axiomas de direito público, o que Perelman chama de *princípios gerais de direito*. PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 410.

¹²⁰ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 306-312.

recorrer à ficção, uma vez que é perfeitamente aceitável que o juiz decida com base nos valores que fundamentam o sistema, sem parecer arbitrário¹²¹, mesmo contrariando uma norma expressa. Os princípios lhe darão margem para fundamentar seu sentimento de equidade razoavelmente¹²². No entanto, ao equiparar segurança à equidade, Perelman acaba preso ao mesmo formalismo exacerbado que duramente critica quando desenvolve seu conceito de racionalidade jurídica.

Com efeito, a segurança jurídica é um valor a ser preservado. Mas Perelman chega, em alguns momentos, ao ponto de colocá-la antes da equidade, afirmando que *a estabilidade da ordem social pode ser, em certos casos, considerada mais importante do que o estabelecimento da verdade*¹²³.

No entanto, parece mais razoável que em um sistema *socioambiental e democrático de direito* – baseado, portanto, numa concepção de justiça material – a forma deve ser utilizada apenas como um instrumento para realizar o conteúdo da concepção de justiça historicamente conquistada, a qual baseia-se, essencialmente, na primazia do conteúdo sobre a forma. Por isso, não há como se concordar com a idéia de utilizar-se a ficção para resolver um caso concreto, quando uma lei manifesta-se como injusta.

Para Perelman, a equidade (ou, em outras palavras, a utilização de um valor que preza, antes de mais nada, pelo matéria do raciocínio jurídico) seria uma possibilidade para o juiz. Para o entendimento defendido no presente trabalho, levando-se em consideração as diferenças de época, contexto social, e de valores, trata-se de uma obrigação de um poder judiciário efetivamente comprometido com a concretização de um ideal de justiça social, que, apesar de arbitrário, encontra-se abrigado no mais alto nível de hierarquia no sistema

¹²¹ Conforme já assinalado anteriormente, para Perelman, dos três elementos da justiça (valor, ato e norma), apenas o primeiro é necessariamente arbitrário, sendo justos os atos e as normas que o respeitarem e arbitrários as que o desrespeitarem. Assim, o aplicador que, mesmo em detrimento de uma norma expressa, estiver concretizando o valor fundamental do sistema, não estará agindo de forma arbitrária.

¹²² O próprio Perelman parece admitir tal entendimento, ressaltando a necessidade de justificação das decisões que sejam contrárias aos precedentes ou à lei: “Mas a equidade pode prevalecer sobre a segurança, e o desejo de evitar conseqüências iníquas pode levar o juiz a dar nova interpretação à lei, a modificar as condições de sua aplicação. Mesmo recusando ao juiz o direito de legislar, é-se obrigado a deixar-lhe, em nosso sistema, o poder de interpretação. Graças ao uso que dele fizer, o juiz poderá, em certos casos, não se contentar com a interpretação tradicional e com a aplicação correta da lei, em conformidade com a regra de justiça. Mas, para evitar a arbitrariedade na matéria, ele terá de motivar especialmente as decisões que se afastam da jurisprudência habitual.” PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 166.

¹²³ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*; p. 508.

constitucional contemporâneo.

As divergências deste entendimento com o do autor podem, portanto, ser atribuídas ao fato de haverem enormes diferenças entre ambos os contextos. O presente texto foi escrito em uma sociedade onde mais de um quarto da população é analfabeta¹²⁴. Em um país com a sétima pior distribuição de renda do mundo¹²⁵. Um país onde, mais do que nunca, urge a necessidade de que se lute pela justiça social, para que se amenizem tamanhas desigualdades.

Segurança jurídica ou equidade? Matéria ou forma? Ou ambos? Nosso sistema jurídico ainda coloca a forma acima do conteúdo. O ensino do direito nas universidades se resume, via de regra, ao estudo da legislação vigente. As ciências jurídicas são muito pouco sociais. Os técnicos do direito que dominam os regulamentos é que são considerados os "bons advogados", pois o sistema é excessivamente burocrático e requer profissionais cada vez mais especializados. A possibilidade de argumentação dos diferentes indivíduos diante dos tribunais de justiça é regida pelas leis do mercado.¹²⁶

Não basta apenas que o discurso se adapte ao auditório, como sugere Perelman, mas o auditório deve conscientizar-se de que necessita aproximar-se da realidade, mesmo devendo afastar-se de mecanismos e procedimentos formais. A partir das idéias expostas acima, pode-se concluir que a mudança de paradigmas derivada da transição do Estado liberal para o Estado social (e, posteriormente, socioambiental) indica a evolução de um sistema de justiça baseado em uma idéia de igualdade essencialmente formal para um sistema de justiça que preza pela igualdade material.

Tal concepção, a qual figura no núcleo do sistema constitucional brasileiro (através do valor fundamental da *dignidade*), é derivada de uma interação dialética

¹²⁴ De acordo com o IBGE (Pnad 2001), o índice de analfabetismo funcional no ano de 2001 era de 27,3% no Brasil, chegando a 42,8% na região nordeste. MEC. INEP. *Mapa do analfabetismo no Brasil*. Brasília, 2003. 40 p.

¹²⁵ De acordo com o *Relatório do Desenvolvimento Humano de 2005*, da ONU, a distribuição de renda no Brasil, calculada através do coeficiente de Gini, só não é pior do que a dos seguintes países: *Namíbia, Lesoto, Botswana, Sierra Leona, Swazilandia e Guatemala* (entre 177 países analisados). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Informe sobre desarrollo humano 2005: La cooperación internacional ante una encrucijada ayuda al desarrollo, comercio y seguridad em un mundo desigual*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 2005. ISBN 84-8476-258-0.

¹²⁶ Nesse sentido, recomenda-se o excelente documentário *Justiça*, dirigido por Maria Augusta Ramos, lançado no Brasil no ano de 2004.

argumentativamente ponderada entre as dimensões de direitos fundamentais¹²⁷. Não seria, portanto, desarrazoado que se utilize tal valor como base de motivação de uma decisão, mesmo que se tenha que afastar mecanismos formais desarrazoados ou arbitrários de um caso concreto. De acordo com a presente leitura, a mais significativa contribuição da teoria argumentativa de Perelman é a idéia de que, apesar da imperfeição e da complexidade de um sistema jurídico, e da impossibilidade de se desenvolver um sistema totalmente seguro, há, através da racionalidade argumentativa, a possibilidade de se atingir resultados razoáveis. O *razoável* é subjetivo, imperfeito, mas perfeitamente adequado para que se possa abandonar um formalismo ultrapassado, em busca da concretização de valores mais do que necessários para o desenvolvimento de uma concepção mais includente de justiça.

¹²⁷ Esta idéia será defendida no próximo capítulo.

4 O FUNDAMENTO MATERIAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O desenvolvimento do Estado democrático de direito possui uma íntima relação com o desenvolvimento dos direitos fundamentais, uma vez que ambas as idéias relacionam-se e constroem-se mutuamente. Para Ingo Sarlet, a evolução histórica dos direitos fundamentais é o fator que dá origem e razão de ser ao que se conhece hoje como Estado democrático de direito. Nas palavras do autor:

É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.¹²⁸

Assim, o significado da idéia de Estado constitucional depende dos valores por ele resguardados. Desta forma, pode-se encontrar, em diferentes momentos históricos, diferentes significados e fundamentos para o que se conhece por Estado democrático de direito. Alguns autores classificam a evolução dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões¹²⁹. O presente trabalho pretende esboçar um resumo de cada uma destas gerações, apresentando uma interpretação que considera a relação dialética, no sentido hegeliano, existente entre elas, defendendo a idéia de que o resultado da interação dialética

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004, p. 42.

¹²⁹ Ambas as expressões (*gerações e dimensões*) referem-se aqui ao mesmo significado. Alguns autores, como Ingo Sarlet e Paulo Bonavides, preferem a segunda, justificando sua opção na idéia de que o termo gerações enseja a “falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”, não obstante a complementaridade (aqui também defendida) entre as diferentes dimensões ou gerações de direitos fundamentais. No entanto, o presente trabalho utilizará ambas as expressões, como sinônimos. Sobre o assunto, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.562 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*; p. 52.

entre os direitos fundamentais, ponderados argumentativamente diante de um auditório universal, é o fundamento material do Estado democrático de direito, revelando, desta forma, uma interpretação possível para uma noção de *dignidade*.

Entretanto, mesmo antes de se consolidarem constitucionalmente tais direitos fundamentais, já existia a idéia de direitos do homem. A evolução desta idéia culminou na criação do Estado constitucional moderno. Para K. Stern¹³⁰, o desenvolvimento da idéia de direitos do homem pode ser historicamente dividido em três etapas: a) a primeira etapa é chamada de pré-histórica, e se estende até o século XVI. Nesta fase, os direitos humanos estariam integralmente sujeitos a perspectivas religiosas e filosóficas, as quais forneceram as bases para o desenvolvimento do jusnaturalismo; b) chega-se, então, a uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem. A partir daí, as teorias contratualistas, com a laicização iluminista do direito natural, formaram uma base para o reconhecimento dos direitos de liberdade dos indivíduos, que passaram a ser considerados como limites ao poder estatal; c) por fim, veio a fase da constitucionalização dos direitos humanos, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos. Essa terceira fase encontrou na doutrina de Kant sua fundamentação filosófica, reconhecendo-se, assim, os direitos do homem como derivados de uma idéia de liberdade, a qual deve limitar-se apenas na liberdade dos demais seres humanos¹³¹. Para Kant:

os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente relativo, como meios, e por isso, denominam-se “coisas”, ao passo que os seres racionais denominam-se “pessoas”, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).¹³²

Desta noção, racionalista e antropocêntrica, que coloca os seres racionais acima dos demais seres, irracionais, que são tidos como *coisas*, surge a noção de *dignidade da pessoa humana*, a qual serviu de fundamento para o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

¹³⁰ Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*; p. 44.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*; p. 47.

¹³² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*; p. 58-59.

Este princípio aparece, em Kant, como *condição suprema restritiva da liberdade das ações de cada homem*¹³³. Ao passo que o homem, por ser racional, passou a possuir *dignidade*, os demais seres vivos, por serem *coisas*, passaram a possuir um preço. A partir desta noção kantiana de *dignidade da pessoa humana*, desenvolveram-se os direitos fundamentais do homem, os quais foram ganhando, em diferentes momentos históricos, diferentes implicações.

Com o surgimento do Estado constitucional moderno, e a conseqüente e gradativa constitucionalização dos direitos humanos, convém destacar três diferentes dimensões (embora haja quem defenda uma quarta), referentes às transformações de conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação sofridas pelos direitos fundamentais. A relação entre tais dimensões, no entendimento proposto pelo presente trabalho, pode ser representada pelo movimento dialético hegeliano¹³⁴, no sentido de que uma geração de direitos fundamentais, ao passo que supera a anterior através, primeiramente, da oposição, acaba conservando seu conteúdo e estabelecendo novos horizontes. Segundo Sarlet,

a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos”¹³⁵

Deste modo, a consagração de uma primeira dimensão de direitos fundamentais, motivada pelo iluminismo e pelo contratualismo, surge como uma reação da burguesia contra o poder absoluto medieval e consolida uma idéia de liberdade individual. Portanto, pode-se afirmar que o Estado constitucional de direito foi uma conquista liberal. Segundo Bonavides, *os edificadores do Estado constitucional aderem mais à doutrina do liberalismo – acentuando o princípio da liberdade individual – do que mesmo à doutrina*

¹³³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*; p. 61.

¹³⁴ Este conceito será melhor abordado no próximo tópico.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*; p. 53-54.

*da democracia, que firmava com maior ênfase o princípio da igualdade*¹³⁶. Para este mesmo autor:

Quanto ao Estado de Direito, não é forma de Estado nem forma de governo. Trata-se de um “status quo” institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais¹³⁷.

Desta forma, paralelamente às idéias liberais iluministas, fundadas na igualdade formal e no direito natural contratualista, a primeira geração de direitos fundamentais se consolidou graças à doutrina da separação de poderes, de Montesquieu, fortalecendo a idéia de autonomia individual, face ao poder estatal. O Estado passou a exercer um papel passivo, devendo apenas resguardar os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei (igualdade formal). Destes direitos básicos, derivaram outras liberdades fundamentais, como as liberdades de expressão, participação política e o direito ao devido processo legal, sendo, então, consolidada uma idéia de segurança jurídica. Criou-se o cenário perfeito para o desenvolvimento do positivismo jurídico.

As desigualdades materiais decorrentes do intenso processo de industrialização e a crescente concentração de capital e propriedades, com todas as suas graves conseqüências sociais, não tardaram em aparecer. Já não bastava a idéia de igualdade, em sentido meramente formal. Era preciso que o Estado passasse a exercer um papel ativo na realização de uma justiça social. Desta forma, nasceram os direitos fundamentais de segunda geração, também chamados de direitos sociais.

Tais direitos, que já apareciam embrionariamente em algumas constituições do século XIX, foram fortalecidos pelas idéias marxistas, as quais influenciaram fortemente inúmeras constituições do leste europeu, tendo se consolidado na maioria dos Estados constitucionais a partir do término da Segunda Guerra Mundial. O Estado passou a assegurar direitos sociais, como saúde, educação e trabalho, modificando a idéia liberal de igualdade puramente formal para uma idéia de igualdade material. É importante frisar que

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 155.

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 190.

nenhum destes direitos nasceu da benevolência dos grupos dominantes, mas mediante intensa mobilização e luta popular.

No entanto, os direitos fundamentais de segunda geração não representam qualquer exclusão ou negação absoluta dos direitos individuais. Tampouco o Estado perdeu por inteiro seu dever de resguardá-los. O que ocorreu, com a consolidação desta segunda dimensão de direitos, foi uma conservação associada a uma limitação¹³⁸ dos direitos individuais, pelo princípio da justiça social. As liberdades individuais passaram a ser lidas à luz dos direitos sociais, não obstante a titularidade destes direitos ainda ser de caráter individual. Assim, o Estado passou a resguardar também direitos e liberdades sociais, como os direitos à greve, à sindicalização, à férias, e assim por diante¹³⁹.

Contudo, o atual estágio de desenvolvimento das sociedades de consumo, com o constante advento de novas tecnologias, associado a um contexto de globalização econômica e degradação ambiental, criou o cenário para o surgimento de uma terceira dimensão de direitos humanos, onde algumas necessidades concretas (como a crescente destruição do meio ambiente e de culturas originárias, através da agressiva imposição do modo de vida consumista ocidental) passaram a colocar em risco¹⁴⁰, entre outras coisas, a manutenção das condições de vida humana no planeta e a sobrevivência de modos de vida alternativos. Esta terceira geração de direitos fundamentais implica também em uma mudança na titularidade de tais direitos, com relação às demais dimensões, posto que o

¹³⁸ Um bom exemplo desta inversão é a adoção do princípio da função social da propriedade, que passou a limitar o direito de propriedade, antes absoluto. No entanto, é evidente que tal limitação ainda restringe-se ao campo do direito formal, salvo raras exceções.

¹³⁹ É importante ressaltar que, apesar disso, há no Brasil atual quem defenda a redução dos direitos trabalhistas, como forma de incentivo à atividade empresarial, de um modo geral. Muitos exemplos poderiam ser citados. Recentemente, uma polêmica proposta de emenda constitucional foi apresentada pelo Senado Federal, aprovada na Câmara dos Deputados (por 304 votos contra 146) e vetada pelo Presidente da República, após muitas manifestações populares. Tal emenda teria o propósito de eliminar o vínculo empregatício entre patrões e empregados contratados como pessoas jurídicas, através das chamadas "empresas de uma pessoa só". Segundo a emenda, este tipo de trabalho deixaria de ser regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas e o empregado deixaria de receber seus direitos constitucionalmente assegurados, indicando um retrocesso com relação aos direitos fundamentais de segunda dimensão. Nessa mesma esteira, fala-se em um projeto que "reglamentaria" o direito de greve dos funcionários públicos. Estas situações reforçam a idéia exposta no primeiro capítulo desta pesquisa, de que o Estado brasileiro tem sido utilizado como instrumento de exclusão social pelos grupos economicamente dominantes, não obstante a constitucionalização dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões.

¹⁴⁰ Sobre o conceito de sociedade do risco, ver BECK, Ulrich. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999.

indivíduo cedeu lugar aos grupos. Fala-se, a partir daí, em direitos humanos difusos ou coletivos.

Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação de patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.¹⁴¹

Esta geração de direitos – conforme o raciocínio aqui proposto – não exclui nem afasta as duas anteriores, mas as conserva e delimita. Desta forma, com o advento da terceira dimensão de direitos fundamentais, os direitos sociais (os quais já limitavam os individuais), passam a limitar-se nos direitos humanos difusos. O resultado da ponderação argumentativa destas dimensões, dialeticamente concebidas, é o que se denomina aqui *dignidade*. Porém, há que se reconhecer que os direitos fundamentais de segunda dimensão, apesar de haverem alcançado um grande reconhecimento formal, por parte dos Estados democráticos, ainda não foram completamente concretizados, uma vez que há uma forte resistência por parte das classes mais favorecidas (que exercem um controle sobre o Estado¹⁴²) em aceitar a idéia de igualdade material. Por essa razão, adotou-se, ao longo deste trabalho, a expressão *Estado socioambiental e democrático de direito*, indicando-se, deste modo, a necessidade de serem concretizados, paralelamente aos direitos do meio ambiente, os direitos fundamentais de segunda geração.

Há ainda, por fim, uma reivindicação por parte de alguns autores, no sentido de ser reconhecida uma quarta geração de direitos fundamentais, referentes institucionalização universal do Estado Social, com a globalização dos direitos fundamentais, no plano

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*; p. 56.

¹⁴² Sobre esse assunto, o primeiro capítulo do presente trabalho, especialmente no segundo tópico, intitulado “O sistema jurídico e sua função”, busca fundamentar a tese de que o atual Estado democrático de direito vem sendo utilizado como instrumento de manutenção do *status quo* vigente, afastando as classes menos favorecidas economicamente da esfera pública e acentuando a exclusão social, não obstante à constitucionalização dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações.

institucional. Para Bonavides¹⁴³, esta quarta geração é composta pelos direitos à democracia direta (direito de participação), à informação e ao pluralismo. Tais reivindicações parecem perfeitamente defensáveis diante de um auditório universal e devem ser buscados argumentativamente, dentro da idéia de *dignidade*, como concebida no presente estudo.

4.2 A DIGNIDADE COMO EQUILÍBRIO ARGUMENTATIVAMENTE PONDERADO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A concepção de *dignidade* que se pretende desenvolver aqui, proposta como critério máximo de justificação dos discursos jurídicos, no contexto do *Estado socioambiental e democrático de direito* reside exatamente no valor resultante da ponderação argumentativa entre todas as dimensões existentes de direitos fundamentais, com relação a cada caso concreto. Nesse sentido, faz-se necessária a compreensão da relação dialética existente entre estas dimensões ou gerações de direitos, na medida em que se quer buscar uma maior precisão conceitual da idéia de *dignidade*, que exerce o papel de valor fundamental do sistema jurídico democrático contemporâneo¹⁴⁴.

A palavra, em língua alemã, utilizada por Hegel para definir dialética¹⁴⁵, é *Aufheben* cuja tradução literal para a língua portuguesa leva à expressão *suspenden*, ou *suspendido*

¹⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*; p. 524-526.

¹⁴⁴ O exemplo constitucional brasileiro é utilizado como modelo de sistema, não obstante ao fato de que os direitos fundamentais abrangem a grande maioria das democracias contemporâneas e seu desenvolvimento é estritamente vinculado a uma pretensão de universalidade. Contudo, aqui, parte-se do pressuposto de que não há como universalizar valores morais, mas unicamente princípios políticos, como afirma Rawls. Com relação a esta pretensão de universalidade, ver MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas*.

¹⁴⁵ Segundo Hegel: “O princípio motor do conceito, enquanto ele não só dissolve as particularizações do universal, mas, também, enquanto as produz, eu chamo de dialética, - dialética, portanto, não no sentido de que ela dissolve, confunde e conduz daqui para lá e de lá para cá um objeto, uma proposição, dados ao sentimento, à consciência imediata em geral, e só tem a ver com a derivação do seu contrário – uma modalidade negativa da dialética, tal como ela freqüentemente aparece também em *Platão*. Ela pode, assim, considerar como o seu resultado último o contrário de uma representação, ou decididamente como o antigo ceticismo, a contradição da mesma representação, ou também, mais tibiamente, uma *aproximação* à verdade, [que é] uma meia-verdade moderna. A dialética superior do conceito não consiste em produzir e apreender a

(*das Aufgehobene*). *Suspendere* tem na língua alemã duplo sentido¹⁴⁶, significando tanto *conservar, manter*, quanto *fazer cessar, dar um fim*. As duas determinações mencionadas do *suspendere* podem ser tidas como dois significados desta mesma palavra. A discussão pertinente às palavras *dimensões* ou *gerações* de direitos fundamentais¹⁴⁷ reflete, na realidade, uma discussão em torno deste duplo sentido. Enquanto que a palavra *gerações* passa uma idéia de superação, no sentido de se fazer cessar a *geração* anterior, o termo *dimensões* indica uma idéia de conservação da *dimensão* anterior

Uma nova geração (ou dimensão) de direitos surge a partir das contradições da anterior e ganha força através da luta social. Ao superar dialeticamente a anterior, e consolidar-se (no âmbito do direito constitucional positivo), a nova idéia conserva o conteúdo da anterior, dando-lhe, contudo, algumas limitações. Pode-se apontar como exemplo prático da relação *superação/conservação* entre as gerações de direitos fundamentais, as modificações existentes no direito à livre iniciativa (decorrentes da primeira dimensão de direitos fundamentais). A partir da consolidação dos direitos sociais, tal direito individual não pode ser considerado como abolido, mas limitado pelos direitos de segunda dimensão.

Desta forma, um raciocínio lógico (mas equivocado) poderia conduzir à afirmação de que o conceito de *dignidade* que ora se propõe coincide sempre com o conteúdo da

partir dela o conteúdo e o resultado *positivos*, enquanto por essa via, unicamente, a dialética é *desenvolvimento* e progredir imanente. Essa dialética não é, pois, um fazer *externo* de um pensar subjetivo, mas a *alma própria* do conteúdo, que organicamente faz brotar os seus ramos e os seus frutos. Para este desenvolvimento da idéia, enquanto atividade própria da sua razão, o pensar enquanto subjetivo apenas olha, sem adicionar ingrediente algum de sua parte. Considerar algo racionalmente não significa acrescentar de fora uma razão ao ob-jeto e, por este intermédio, elaborá-lo, senão que o ob-jeto é por si mesmo racional; aqui é o espírito na sua liberdade, o ápice da razão autoconsciente, que se dá efetividade e se gera como mundo existente; a ciência tem somente a tarefa de trazer à consciência esse trabalho próprio da razão da coisa.” (*Princípios da Filosofia do Direito*, § 31), In: MÜLLER, Marcos Lutz. *Clássicos da filosofia: cadernos de tradução* nº 10. Campinas: IFCH/UNICAMP – Setor de publicações, 2005, p. 69-70.

¹⁴⁶ “É conhecida a polissemia do verbo *aufheben* e do substantivo *Aufhebung*, que Hegel explora para plasmar um dos conceitos operativos principais da dialética especulativa, e que são aqui traduzidos, respectivamente, conforme o contexto, por *suprimir* ou *suspendere* e por *supressão* ou *suspensão*. “*Suprimir/suspendere* e o *suprimido/suspensão* (o *ideal*) é um dos conceitos mais importantes da filosofia, uma determinação fundamental, que retorna absolutamente em toda a parte”. (*WL I, GW, XXI, 94; Werke, 5, 113*) Sem considerar a história e o nexos dos deslocamentos semânticos contidos na sua polissemia, o seu significado moderno, relevante para Hegel, se condensa em torno de três sentidos principais: 1) *elevantar, levantar(-se), erguer(-se)* (lat. *elevar*); 2) *suprimir, pôr fim, anular, abolir, abrogar, revogar, cancelar, compensar-se* (lat. *tollere*); 3) *guardar, conservar, guardar e entregar em custódia* (lat. *conservare*). MÜLLER, Marcos Lutz. *Clássicos da filosofia: cadernos de tradução* nº 10; p. 87.

¹⁴⁷ Conforme apontado no tópico anterior.

última dimensão consolidada de direitos fundamentais. No entanto, é preciso que se tenha um cuidado com relação a esta afirmação. Propõe-se aqui um conceito aberto e não apenas restrito aos direitos formalmente assegurados (inseridos no texto constitucional). Um conceito argumentativo, que coincide com o desenvolvimento dos direitos fundamentais, mas que não se confunde com os mesmos. Um conceito que serve para efetivá-los harmonicamente diante de cada caso concreto.

O valor da *dignidade* não se confunde, tampouco, com os princípios políticos de justiça, de Rawls, mas orienta a sua aplicação no âmbito do *Estado socioambiental e democrático de direito*, uma vez que considera, como fator decisivo, a situação real da sociedade onde se desenvolve, descartando-se, assim, qualquer pretensão de atemporalidade. Assim, como afirma o próprio Rawls, diferentes comunidades poderiam desenvolver diferentes valores morais abrangentes. O valor aqui proposto não possui o objetivo de universalização. Embora seja considerado como razoável e defensável diante de um auditório universal, tal auditório é construído historicamente e pertencente a uma cultura determinada.

4.3 A DIGNIDADE COMO IMPERATIVO ARGUMENTATIVO

O valor da *dignidade*, conforme apresentado acima, pode ser justificado argumentativamente, diante de um auditório universal, posto que razoável e, em certo sentido, necessário, em vista do momento histórico atual. O conceito de *imperativo argumentativo* é proposto pela presente pesquisa como alternativa diante da dificuldade de universalização de qualquer idéia mediante a utilização de uma razão com conteúdo determinado *a priori*. Recorre-se, desta forma, a uma conjugação entre dois conceitos distintos: o de racionalidade argumentativa (Perelman) e o de imperativo categórico (Kant).

Para Kant, “a representação de um princípio objetivo, enquanto seja constitutivo para uma vontade, chama-se *mandamento* (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se

*imperativo*¹⁴⁸”. Este autor propõe a existência de dois tipos de imperativos: o categórico e o hipotético, sendo o primeiro necessário e incondicional, *a priori*, enquanto que o segundo diz somente que a ação é boa em vista de algum propósito possível ou real¹⁴⁹. O imperativo categórico kantiano é um conceito puramente formal, uma vez que somente ganha sentido material quando aplicado a uma idéia específica.

(...) A regra prática é sempre um produto da razão, porque prescreve a ação, qual meio para o efeito, considerado como intenção.

Esta regra, porém, para um ser no qual a razão não é o fundamento único da determinação da vontade é um *imperativo*, isto é, uma regra designada por um “dever ser” (*ein Sollen*) que exprime a compulsão (*Nötigung*) objetiva da ação e significa que se a razão determinasse totalmente a vontade, a ação ocorreria indefectivelmente segundo essa regra.¹⁵⁰

O que diferencia, basicamente, a concepção de *imperativo* aqui defendida com a concepção apresentada por Kant é o fato de que a racionalidade aqui adotada é argumentativa, conforme exposto no capítulo anterior. Não há, aqui, espaço para nenhum mandamento *a priori* da razão pura, mas para argumentações fortes ou fracas, razoáveis ou desarrazoadas, diante de um auditório universal, que é histórico e cultural e possui como limites apenas alguns princípios básicos de justiça política, universalizáveis por serem objeto de um suposto consenso sobreposto em uma posição original, no sentido dado por Rawls. Tal diferença é fundada na diferenciação entre *racional* e *razoável*, encontrada nas obras de Perelman e Rawls.

Nesse sentido, defende-se aqui a idéia de que a concepção de *dignidade* efetivamente comprometida com a concretização dos direitos fundamentais, ampla e dialeticamente concebidos (e, com isso, também a preservação das condições de vida no planeta Terra), constitui um mandamento da racionalidade argumentativa. Observe-se que não se trata mais de um mandamento válido *a priori*, mas sim validado pela força de uma argumentação comprometida com um auditório universal de uma sociedade desigual e injusta, que possui normas legais fundadas em valores, e que, portanto, possuem amplas

¹⁴⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*; p. 43-44.

¹⁴⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*; p. 45.

¹⁵⁰ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Rio de Janeiro: Tecnoprint Gráfica Editora, 1970, p. 46

possibilidades de serem interpretadas de acordo com tais valores. Por esse motivo, adota-se o termo *imperativo argumentativo* no presente trabalho.

Ressalta-se, contudo, que não se trata de uma indevida universalização de uma idéia particular e contingente de justiça, mas de uma exposição de uma concepção de justiça material, fundamentada argumentativamente na *dignidade*, conceito este que, é bem verdade, pode em última instância ser considerado como arbitrário, uma vez que conquistado histórica e argumentativamente, e não decorrente de nenhuma aplicação lógica do tipo formal. Acredita-se, no entanto, que tal valor pode ser defendido diante de qualquer auditório constituído de pessoas vinculadas a uma idéia de democracia baseada na proteção dos direitos fundamentais, em tempos atuais.

Desta forma, a concepção de *dignidade* como fundamento material do Estado democrático de direito, conforme apresentada acima, resultante da interação entre os diferentes níveis de direitos fundamentais, pode ser considerada como uma possibilidade a ser trabalhada jurídica e filosoficamente dentro do contexto social contemporâneo. De acordo com a presente leitura, todas as regras (atividade legislativa) e decisões (atividade judiciária) deveriam ser realizadas a partir de uma adequada interpretação do conteúdo material da Constituição, representado pelo seu valor fundamental, o qual configura o que aqui se denomina *imperativo argumentativo*, conceito este que poderá ser melhor desenvolvido em futuras pesquisas científicas.

4.4 UMA CONCEPÇÃO POSSÍVEL DE DIGNIDADE

A nomenclatura *dignidade da pessoa humana*, encontrada no texto constitucional escrito brasileiro, assim como na maioria da literatura, derivada da segunda formulação

kantiana de imperativo categórico¹⁵¹ (a qual considera o homem, por ser racional, como um fim em si mesmo), de acordo com o entendimento que se pretende explicar, não se faz mais necessária, posto que restringe o valor fundamental do sistema à satisfação dos seres humanos, os quais apenas podem ser tidos como parte de uma totalidade muito mais complexa, que é a vida.

A opção pela expressão *dignidade*, pura e simplesmente, reflete uma idéia de que, apesar de o ser humano diferenciar-se dos demais seres vivos, justamente pela capacidade de raciocínio lógico, ele depende da natureza para sobreviver, e não o contrário. Mesmo que se parta sempre de uma perspectiva humana, e que se compreenda a preservação do meio ambiente como uma necessidade de sobrevivência da espécie humana, a natureza é o lugar de encontro, onde se dá e se concretiza qualquer relação humana. A natureza impõe-se como sujeito de direitos. Nas belas palavras de Michel Serres:

O que é a natureza? Antes de mais nada, o conjunto das condições da própria natureza humana, suas restrições globais de renascimento ou de extinção, o hotel que lhe dá alojamento, calor e mesa – além disso, ela as tira, quando há um abuso. Ela condiciona a natureza que, agora, por sua vez, também a condiciona. A natureza se conduz como um sujeito.¹⁵²

Mesmo que a titularidade dos direitos fundamentais de terceira dimensão – entre os quais encontram-se os direitos do meio ambiente – seja coletiva ou difusa, não se pode mais, à luz de um entendimento comprometido materialmente com a idéia de *dignidade* (como a aqui concebida), argüir a completa separação entre o homem e a natureza, como queriam os racionalistas. A reciprocidade desta relação é evidente, na medida em que já se podem constatar as conseqüências da utilização da natureza, pelo ser humano, como um simples meio para sua realização.

Ainda que se admitisse a separação cartesiana entre ser humano e natureza, é de se notar a dependência do primeiro em relação ao segundo. Se for considerado que a Terra

¹⁵¹ Ainda segundo Kant, “o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.” KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*; p. 58.

¹⁵² SERRES, Michel. *O Contrato Natural*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 48-49.

tem bilhões de anos, dentre os quais a história da humanidade se ocupa apenas dos últimos cinquenta mil¹⁵³, a conclusão inevitável é a de que o homem, considerando-se superior à natureza, não ameaça a existência do planeta, mas de si próprio. Desta forma, ao ser tomada como absoluta, a antropocêntrica concepção kantiana de *dignidade* legitima ações humanas arbitrárias e nocivas com relação aos outros seres vivos, considerados como irracionais¹⁵⁴. Há que se considerar, sem dúvida, que os animais sensitivos não humanos, apesar de não possuírem condições de reclamar de maus tratos, sentem dor e possuem medo da morte. Nesse sentido, é de se condenar toda e qualquer banalização do sofrimento animal (como praticado pelas grandes indústrias de alimentos). O que não significa que seja necessariamente errado que o ser humano se alimente da carne animal, obtida através de um processo que minimize sua dor.

O fato de se abandonar aqui a nomenclatura *dignidade da pessoa humana* e se passar a utilizar apenas *dignidade* reflete uma tentativa – humana e racional – de se reaproximar o homem da natureza, no sentido de se reconhecer a dependência dos seres racionais em relação ao meio em que vivem. Defender a preservação das condições naturais do planeta em que vivemos não importa em defender o planeta em si, mas a manutenção das condições de vida humana na Terra. Entretanto, ao se encontrar na razão humana um fim em si mesmo, não se deve incorrer no erro de afirmar que todos os demais seres vivos sejam apenas meros meios para a realização imediata do homem.

Feitas tais ressalvas, acerca da expressão utilizada para exprimir o valor que fundamenta o Estado democrático de direito, deve-se partir para o seu significado material. Muitos autores trabalham a idéia de *dignidade da pessoa humana* como um princípio constitucional fundamental, o que não deixa de ser verdade, uma vez que este encontra-se positivado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, ao lado dos princípios da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo

¹⁵³ DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço*. São Paulo: Record, 2001, p. 39.

¹⁵⁴ Nesse sentido, alguns pesquisadores já falam em dignidade dos seres irracionais. Ver, por exemplo, FENSTERSEIFER, Tiago. *A dimensão ecológica da dignidade humana: as projeções normativas do direito (e dever) fundamental ao ambiente no Estado socioambiental de direito*. Dissertação (Mestrado) – Fac. de Direito, PUCRS. Orientador Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet: Porto Alegre, 2007.

político. No entanto, é no preâmbulo da Constituição que se encontra o argumento para que se tome a *dignidade* como valor fundamental:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.¹⁵⁵

Assim, a concepção de *dignidade* que se defende no presente trabalho encontra abrigo não em um mero dispositivo legal específico, mas no núcleo axiológico do sistema constitucional. Não pode estar sujeita a quaisquer negociações por parte do poder público ou da iniciativa privada, devendo ser consideradas as finalidades elencadas no preâmbulo da carta política brasileira como a razão de ser do sistema como um todo. O resguardo aos direitos fundamentais fica, desta forma, evidente. Para Paulo Bonavides:

Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.¹⁵⁶

É extremamente difícil que se encontrem divergências, na atualidade, sobre o *status* da *dignidade* (normalmente, a referência é feita ao termo *dignidade da pessoa humana*) como principal fundamento do Estado constitucional brasileiro. No entanto, deve-se reconhecer que, na medida em que se tratar de precisar em que termos esta *dignidade* deve ser concretizada e, até mesmo, o conteúdo de seu significado, não há como se falar em unanimidades. Nesse sentido, a perspectiva que parece mais razoável, à luz da concepção de racionalidade argumentativa apresentada no capítulo anterior – que pressupõe a

¹⁵⁵ *Constituição Federal*, preâmbulo.

¹⁵⁶ In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, prefácio.

fundamentação axiológica do direito – é a que trata a *dignidade* não apenas como um direito fundamental ou um princípio estruturante, mas como um valor historicamente conquistado, o qual abarca a totalidade dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões. Desta forma, a *dignidade* é a única fonte de legitimidade dentro do sistema. Um valor que se encontra apto a transcender qualquer fonte de direito positivo.

O pensamento sistemático e a racionalidade argumentativa, parecem ser os métodos mais adequados para que se mantenha sempre presente tal valor fundamental, fazendo com que o discurso jurídico nunca o perca de vista, mesmo em meio a uma enorme quantidade de dispositivos legais. Não basta que se abandone uma concepção positivista de normas para adotar-se uma concepção positivista de valores e princípios. Forma e conteúdo devem ser conjugados, de modo que se tenha a concretização dos direitos fundamentais como objetivo principal de toda a atividade jurídica.

4.5 MÍNIMO VITAL: DIGNIDADE MATERIAL E DIGNIDADE ESPIRITUAL

Este tópico se propõe a registrar algumas idéias intuitivas acerca das necessidades básicas do ser humano, materiais e espirituais, para seu pleno e livre desenvolvimento pessoal, em harmonia com o valor da *dignidade*, defendido aqui como fundamental. Tais observações podem ser consideradas como uma espécie de introdução às considerações finais desta pesquisa e poderiam ser de grande utilidade para uma futura pesquisa acerca de uma lista de liberdades básicas fundamentais, dentro da idéia rawlsiana de justiça política, adaptada ao auditório universal do *Estado socioambiental e democrático de direito contemporâneo*.

Entende-se que, sem as condições materiais mínimas necessárias para uma vida digna, tais como moradia e alimentação adequada, um ser humano não possui a possibilidade de desenvolver sua liberdade plenamente. Em uma sociedade que se tornou extremamente desigual, um contingente cada vez maior de pessoas não possui supridas tais necessidades, que são o ponto de partida da noção de *dignidade* que ora se apresenta.

Uma moradia digna pode ser compreendida como um espaço físico inviolável, em condições adequadas de saneamento básico, com a garantia de um espaço que possibilite a privacidade e o desenvolvimento da individualidade de cada ser humano. Como alimentação adequada, pode-se compreender o acesso a alimentos saudáveis, livres de agrotóxicos e de substâncias nocivas, em uma quantidade suficiente para a boa formação e o pleno desenvolvimento do organismo.

Uma vez supridas as mínimas necessidades materiais acima expostas – que não são apenas de sobrevivência, mas de uma vivência digna – necessita o ser humano de condições de desenvolvimento espiritual. Tal desenvolvimento deve ser livre, mas – defende-se aqui – há também um mínimo vital que deve ser resguardado por um Estado democrático de direito efetivamente comprometido em concretizar o valor que o dá fundamento, o que se dá, basicamente, através do acesso igualitário da totalidade da população a uma educação de qualidade, que estimule a transdisciplinaridade (mostrando, desde cedo, que o conhecimento humano é constituído de complexidade e de incertezas¹⁵⁷), que não se resume a uma mera preparação para a selvagem competição darwinista no mercado de trabalho.

Numa sociedade ideal, os meios de produção devem ser de propriedade social. No entanto, parece razoável que, na medida em que as presentes proposições se pretendem possíveis em uma sociedade real, deve-se, através do processo educacional, buscar a superação do conceito capitalista de trabalho e a sua substituição por uma idéia de cooperação mútua e trabalho solidário. Deve ser assegurado também o livre acesso à informação.

É também importante que os indivíduos possuam condições de interação com o meio ambiente e que possam livremente participar das decisões importantes acerca dos rumos a serem tomados pela sociedade em que vivem, através de uma democracia direta ou participativa, que preserve sempre os direitos das minorias e a diversidade cultural e étnica, em condições de igualdade material. A arte deve ser estimulada desde cedo e as diferentes formas de manifestação cultural devem ser preservadas e incentivadas.

¹⁵⁷ Ver, entre outros, PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. São Paulo: Unesp, 1996; MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2006.

A liberdade de consciência política, moral, religiosa ou filosófica, deve ser assegurada, desde que o exercício de tal liberdade não acarrete em nenhuma violação à liberdade de outrem nem cause danos desnecessários ao meio ambiente ou banalize o sofrimento dos animais sensíveis não humanos. O exercício de uma liberdade deve estar sempre em consonância com o valor fundamental do sistema e não pode, de maneira alguma, acarretar em uma violação aos direitos assegurados pela idéia de *dignidade*, tida como uma ponderação dialética argumentativamente ponderada entre as dimensões de direitos fundamentais.

A igualdade de oportunidades deve ser buscada (mesmo em se tratando de uma sociedade capitalista real), fazendo-se, para tanto, necessário que os serviços básicos de educação, saúde e transporte sejam oferecidos pelo Estado exclusivamente e que todos os indivíduos possuam igual acesso aos mesmos. O princípio da função social da propriedade¹⁵⁸ deve ser amplamente aplicado e interpretado sempre à luz do valor fundamental da *dignidade*, no intuito de se distribuir terras e riquezas, diminuindo-se as desigualdades existentes.

A possibilidade de realização destas necessidades básicas, materiais e espirituais (as quais, por seu caráter eminentemente intuitivo, não se apresentam como taxativas), constitui, segundo o entendimento aqui defendido, um mínimo vital, sem o qual não se pode falar em liberdade. A partir deste mínimo vital, a liberdade do ser humano possui condições de realizar-se plenamente, tendo como limites apenas a garantia da manutenção do mínimo vital necessário para o desenvolvimento de todos os demais seres humanos e a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando a manutenção da vida, de um modo geral, e das bases que a sustentam (direitos fundamentais de terceira dimensão). Entende-se que a liberdade de um indivíduo só existirá plenamente se todos os demais indivíduos também forem, da mesma forma, livres

Tais necessidades básicas fundamentais são facilmente justificáveis, uma vez que, sem as mínimas condições de alimentação adequada, o cérebro de uma criança não se

¹⁵⁸ *Constituição Federal*, art. 5º, XXIII.

desenvolve adequadamente¹⁵⁹. Além disso, a personalidade de um indivíduo forma-se, principalmente, na infância e na adolescência, justificando-se a necessidade de uma educação voltada para a vida em harmonia, que abandone a lógica capitalista voltada para a competição individualista e adote princípios de solidariedade, fraternidade, amor ao próximo e ao meio-ambiente.

A idéia aqui trabalhada de mínimo vital se relaciona intimamente a uma leitura do Estado democrático de direito, orientada axiologicamente pela idéia de *dignidade* desenvolvida no decorrer deste estudo, que resulta da interação dialética, argumentativamente ponderada, entre as dimensões de direitos fundamentais. Apresenta-se, assim, uma interpretação possível do que se pode fazer a partir do existente poder discricionário dos juízes, no contexto do *Estado socioambiental e democrático de direito*. Uma simples leitura. Utópica, até certo ponto. Mas axiologicamente fundamentada no sistema já existente. Para aplicá-la, não é necessário que se faça qualquer modificação legal (exceto no que diz respeito à propriedade dos meios de produção, em se tratando de uma sociedade ideal). Necessita-se, mais do que tudo, de pessoas interessadas em colaborar.

¹⁵⁹ De acordo com pesquisadores do Laboratório de Fisiologia da Nutrição da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), “Para o cérebro funcionar eficientemente na vida adulta, requer-se, como condição fundamental, que ele tenha se desenvolvido de forma adequada no início da vida. Nos mamíferos, o desenvolvimento do cérebro começa já na embriogênese e continua durante uma fase relativamente curta da vida pós-natal. Essa fase, em seres humanos, termina ao final dos primeiros dois a quatro anos de vida. No rato albino, o mamífero mais usado para estudos experimentais sobre o tema, tal fase compreende as três primeiras semanas da vida pós-natal, ou seja, o período do aleitamento. Nesse período, o cérebro é mais vulnerável às agressões do ambiente, inclusive às nutricionais, devido ao fato de que nessa fase os processos implicados no desenvolvimento cerebral ocorrem com muita rapidez. Esses processos compreendem sobretudo a hiperplasia (aumento da quantidade de células nervosas), a hipertrofia (aumento do seu tamanho), a mielinização (formação, nas fibras nervosas, de um envoltório de material lipídico - a mielina, fundamental para a transmissão eficiente dos impulsos elétricos neuronais) e a organização das sinapses (pontos de comunicação entre os neurônios). A deficiência de um ou mais nutrientes na alimentação diária pode, sem dúvida, perturbar a organização estrutural (histológica) e bioquímica de um ou mais dos processos acima descritos, levando, geralmente, a repercussões sobre as suas funções. Dependendo da intensidade e da duração das alterações nutricionais, as conseqüências terão impacto maior ou menor sobre todo o organismo. Funções neurais básicas, como o processamento de informações sensoriais (por meio dos nossos cinco órgãos dos sentidos) e a percepção das sensações correspondentes, bem como a execução de tarefas motoras (produção de movimentos, resultantes da ativação dos músculos pelo sistema nervoso) podem ser afetadas em extensões variadas e de forma diretamente proporcional à intensidade e à duração das deficiências nutricionais. Isto também se aplica no caso de funções neurais mais elaboradas, como aquelas envolvendo cognição, consciência, emoção, aprendizado e memória, processos cuja perturbação na infância pode levar a condições patológicas importantes para a vida adulta, tanto no que se refere à qualidade da vida do indivíduo, como à da sua contribuição para a sociedade em que vive.” GUEDES, Rubem Carlos Araújo, ROCHA-DE-MELO, Ana Paula and TEODOSIO, Naíde Regueira. *Nutrição adequada: a base do funcionamento cerebral*. Cienc. Cult., Jan./Mar. 2004, vol.56, no.1, p.32-35. ISSN 0009-6725, p. 32-35.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado democrático de direito pressupõe que haja um poder discricionário inerente à atividade judicial. Não há como haver um sistema jurídico sem qualquer margem de livre apreciação por parte do juiz, na medida em que interpretar normas, princípios, valores e casos concretos implica na realização de escolhas. Não há como separar-se, em absoluto, como queriam os racionalistas, o sujeito do seu objeto de análise. Ambos relacionam-se e interagem mutuamente.

Deste modo, o positivismo jurídico, apresentado como alternativa à discricionariedade judicial, transfere uma parte significativa do poder discricionário do juiz para o poder legislativo, mas não a retira completamente. Além do mais, as leis e procedimentos formais, quando aplicados isoladamente – sem uma compreensão do sistema de justiça como totalidade – a um determinado caso concreto, não raro entram em contradição com os valores fundamentais deste sistema e acabam, assim, obstruindo a concretização da idéia de justiça vigente.

A função ideal do Estado democrático de direito é a de concretizar uma concepção de justiça compartilhada por uma determinada comunidade ética, respeitar as diferenças (e diferentes) e priorizar os direitos construídos historicamente pelos seus membros. Nesse sentido, o direito é um instrumento para a concretização da justiça. A interpretação que assemelha direito e lei deixa de lado a principal função do sistema de justiça e tende a servir aos interesses dos indivíduos que possuem acesso à elaboração das leis, seja por influência política, econômica ou de qualquer sorte.

A hipótese que parece mais razoável, no que concerne às possíveis formas de interpretação do direito, é a de que o juiz deve, em sua atividade de julgar, buscar, através de um pensamento sistemático, uma compreensão do sistema como totalidade, no sentido de que, ao tomar uma decisão, deve estar aplicando toda uma concepção de justiça ao caso concreto.

Assim, deve buscar uma aproximação entre os valores que fundamentam o sistema (que devem ser justos) e a realidade objetiva, afastando leis e procedimentos que obstruam esse fim. No entanto, para que se evite a possibilidade de uma sociedade reconhecer constitucionalmente valores injustos, opressores e que configurem ameaças à autonomia de outras concepções morais, o pensamento sistemático necessita de uma teoria da justiça para fundamentar os limites de uma razão pública razoável.

Estes limites podem ser encontrados nos dois princípios políticos de justiça desenvolvidos por John Rawls, em sua teoria da justiça como equidade, cuja fundamentação filosófica baseia-se em um artifício de representação, onde as pessoas são tidas como livres e iguais. Tais princípios possuem a função de preservar a prioridade de um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, além de uma igualdade equitativa de oportunidades e do princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades existentes devem ser justificadas por uma melhoria nas condições dos indivíduos menos favorecidos da sociedade.

A teoria de Rawls merece algumas considerações (seria muito pretensioso falar em correções): os indivíduos na posição original não devem ser influenciados por valores, portanto, a noção de racionalidade proposta pelo autor como ponto de partida – por tratar-se de uma concepção individualista, contingente, a qual não pode ser universalizada – condiciona o mesmo a aceitar a possibilidade de sua teoria ser aplicada a uma sociedade capitalista, o que parece contraditório.

Parece plausível que indivíduos livres e iguais desenvolveriam, na posição original, princípios equitativos e justos. Nesse sentido, jamais aceitariam a possibilidade de que se consagre um modo de produção que pressupõe o lucro de uns privilegiados às custas do trabalho de outros. Há razões suficientemente fortes para estas pessoas rejeitarem, já na posição original, o modo de produção capitalista.

O princípio da diferença, por sua vez, não pode jamais justificar violações a direitos fundamentais (Rawls concordaria com esta afirmação). Porém, ao considerar-se a garantia de não propriedade privada dos meios de produção e dos recursos naturais como um direito fundamental, algumas desigualdades aceitas por Rawls ficam injustificáveis.

Desta forma, o presente trabalho adota os princípios da justiça de Rawls, com a observação de que em uma sociedade justa, a garantia de não existência de qualquer propriedade privada dos meios de produção e recursos naturais deve ser tratada como um direito fundamental, desenvolvido na posição original.

Uma vez estabelecidos os limites de uma razão pública, e reconhecendo-se que a melhor interpretação do direito é aquela que o aproxima dos valores aceitos por uma sociedade concreta, a idéia de auditório universal parece adequar-se plenamente para justificar a fundamentação axiológica de um sistema de justiça. Através de uma lógica jurídica, argumenta-se diante de um auditório ideal, histórico, buscando-se o razoável, imperfeito, mas tido como justo. Nesse sentido, parece plausível um diálogo entre as teorias de Rawls e Perelman.

Algumas críticas às idéias de Perelman também se fazem importantes: o recurso à ficção, utilizado pelo autor para afastar a aplicação de uma lei injusta, parece estar em contradição com a sua teoria, uma vez que o autor sugere o entendimento de que o juiz só aplica uma lei injusta se quiser. Outro ponto a ser criticado é a sua posição em relação à equiparação que faz entre justiça material (equidade) e justiça formal (segurança jurídica), a qual parece estar em dissonância com a sua teoria como um todo, na medida em que esta dá preferência à imperfeição do razoável, do argumentativo, em detrimento da aparente perfeição da forma.

Assim, fica bastante clara a idéia de que um Estado democrático de direito é fundamentado em valores e que o juiz de direito deve deixar de aplicar uma lei injusta ou manifestamente contrária à totalidade do sistema. O poder discricionário dos juízes não pode ser ignorado. Deve ser utilizado para concretizar os valores fundamentais do sistema.

Em se tratando do sistema brasileiro especificamente, parece razoável que tal valor fundamental seja resultado de uma interação dialética entre os direitos fundamentais. A idéia de *dignidade*, concebida aqui como sendo este valor fundamental deste sistema, diferencia-se do princípio constitucional da *dignidade da pessoa humana* e é formalmente resguardada pelo preâmbulo do texto constitucional.

Muitas das idéias desenvolvidas ao longo desta pesquisa não puderam ser devidamente aprofundadas, mas o resultado do entendimento obtido ao longo de todo o

trabalho permitiu que se indicasse, mesmo contando com elementos intuitivos, alguns dos possíveis caminhos a serem trabalhados em pesquisas futuras.

No primeiro capítulo, encontram-se diversos aspectos interessantes para novas pesquisas. Cada tópico abordado (a crítica à teoria pura do direito, a discussão em torno da função de um sistema de direito, a aproximação entre direito e moral e o pensamento sistemático) poderia motivar uma pesquisa específica. As idéias desenvolvidas neste trabalho podem servir de base para um raciocínio. Um ponto de partida.

Da mesma forma, as críticas dirigidas às teorias de Rawls e Perelman poderiam ser mais aprofundadas em pesquisas futuras, em função da relevância destes dois autores. A discussão em torno da necessária socialização dos meios de produção a partir da teoria de Rawls pode revelar-se extremamente proveitosa.

Por fim, cada uma das idéias trabalhadas no último capítulo poderia ser mais profundamente desenvolvida em um momento futuro. São elas: a evolução histórica dos direitos fundamentais, a concepção de *dignidade* como resultado da interação dialética entre os direitos fundamentais, o conceito de *imperativo argumentativo*, a possibilidade de se buscar o fundamento material do sistema no preâmbulo da constituição e a idéia intuitiva de um mínimo vital que assegure a concretização da idéia de *dignidade*.

O importante é que, utilizando-se as idéias desenvolvidas, pode-se fundamentar uma possível leitura do sistema vigente. Trata-se de uma visão, que não ambiciona a neutralidade, uma vez que assume sua incondicional motivação pela busca de idéias que possam tornar este mundo mais justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ARONNE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BECK, Ulrich. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DESCARTES, René. *Discurso do Método* (Trad. de Fernando Melro). Lisboa: Publicações Europa-América Lda, 1986.

DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço*. São Paulo: Record, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil. *Estudos Jurídicos*. Curitiba: Universitária Champagnat, v. 2, n. 1, 1995.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

FENSTERSEIFER, Tiago. *A dimensão ecológica da dignidade humana: as projeções normativas do direito (e dever) fundamental ao ambiente no Estado socioambiental de direito*. Dissertação (Mestrado) – Fac. de Direito, PUCRS. Orientador Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet: Porto Alegre, 2007.

FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas* (Trad. de Salma Tannus Muchail). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. São Paulo: Vozes, 1997.

_____. *La dialéctica de Hegel*. Madrid: Catedra, 1988.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Editions Odile Jacob, 1997.

GUEDES, Rubem Carlos Araújo, ROCHA-DE-MELO, Ana Paula and TEODOSIO, Naíde Regueira. *Nutrição adequada: a base do funcionamento cerebral*. Cienc. Cult., Jan./Mar. 2004, vol.56, no.1, p.32-35. ISSN 0009-6725.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à Ética do Discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, sem data).

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HOFFMANN, Rodolfo. *Mensuração da desigualdade e da pobreza no Brasil*. Artigo disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/00_0/2/livros/desigualdadepobrezabrasil/capitulo03.pdf. Acesso em 15/05/2007.

JAPIASSÚ, Hilton. *A crise da razão e do saber objetivo: as ondas do irracional*. São Paulo: Letras e Letras, 1996.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. *Crítica da Razão Prática*. Rio de Janeiro: Tecnoprint Gráfica Editora, 1970.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEMGRUBER, M. S. *Reason, pluralism, and argumentation: Chaim Perelman's contribution*. História, Ciências, Saúde: Manguinhos, vol. 6, nº. 1, p. 101-111. Março./Junho, 1999. ISSN 0104-5970.

MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas* (Palestra feita pelo autor em 30 de novembro de 1995 no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, Brasil). Material disponível na internet, através do seguinte endereço: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a03.pdf> . Consulta em 14/05/2007.

MEC. INEP. *Mapa do analfabetismo no Brasil*. Brasília, 2003. 40 p.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito*. Dissertação (Mestrado) – Fac. de Direito, PUCRS. Orientador Prof. Dr. Juarez Freitas: Porto Alegre, 2006.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MÜLLER, Marcos Lutz. *Clássicos da filosofia: cadernos de tradução nº 10*. Campinas: IFCH/UNICAMP – Setor de publicações, 2005.

NEDEL, José. *John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Informe sobre desarrollo humano 2005: La cooperación internacional ante una encrucijada ayuda al desarrollo, comercio y seguridad em um mundo desigual*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 2005. ISBN 84-8476-258-0.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chain, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. São Paulo: Unesp, 1996.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Buenos Aires: Longseller, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006,

_____. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004.

SERRES, Michel. *O Contrato Natural*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

VAZQUEZ, Adolfo Sanchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.