

As modernas teorias da justiça

Amandino Teixeira Nunes Junior

Sumário

1. Introdução. 2. A teoria positivista de Hans Kelsen. 3. A teoria discursiva de Jürgen Habermas. 4. A teoria formal de Chaïm Perelman. 5. A relação entre as teorias de Hans Kelsen e Chaïm Perelman. 6. A teoria social de John Rawls. 7. Conclusão

“A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”.

John Rawls

1. Introdução

Pretende este trabalho examinar as teorias sobre a justiça formuladas no século XX, tanto no meio jurídico, como no meio filosófico, o que aqui se fará com relação às obras de Hans Kelsen, Jürgen Habermas, Chaïm Perelman e John Rawls.

A escolha desses autores se justifica, tendo em vista que, além de grandes pensadores, dedicaram-se com profundidade tanto à ciência jurídica quanto à justiça, deixando notáveis contribuições ao desenvolvimento recente desses temas.

Assim, examina-se, inicialmente, neste estudo, a concepção de justiça em Kelsen, de cunho positivista, exposta na obra “O que é justiça?”, que procura expurgar do interior da teoria jurídica as teorias jusnaturalistas edificadas ao longo de séculos.

Amandino Teixeira Nunes Junior é Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados, Mestre em Direito pela UFMG, doutorando em Direito pela UFPE e professor do UniCEUB e do IESB.

Em seguida, analisa-se a concepção de justiça em Habermas, baseada na sua teoria da ação comunicativa e presente em “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, na qual Habermas intenta compreender a dualidade do Direito moderno.

Adiante, aborda-se a concepção de justiça em Perelman, a partir da lógica formal, exposta em “Ética e Direito”.

Segue-se, logo após, a análise da concepção de justiça em Rawls, contida na obra “Uma teoria da justiça”, considerada uma das mais importantes desenvolvidas no século XX.

Finalmente, à guisa de conclusão, procura-se apresentar uma síntese das concepções de justiça abordadas no corpo do trabalho.

Convém salientar, ainda, que não constitui propósito do presente estudo submeter a um aprofundado exame crítico das complexas teorias desses renomados pensadores. O que se objetiva aqui é uma exposição das linhas fundamentais dessas concepções sobre a justiça que contribuíram sobretudo para a doutrina jusfilosófica recente.

2. A teoria positivista de Hans Kelsen

2.1. A crítica kelseniana

Ao elaborar sua teoria da justiça, KELSEN (2001) realiza um exame crítico e profundo das teorias que se produziram desde a Antigüidade clássica até a primeira metade do século XX sobre o tema.

Avaliando a justiça em Platão, KELSEN sustenta que a quase totalidade de seus diálogos busca precisamente a pergunta: “o que é o Bem?” (na qual se insere, também, a pergunta: “o que é a justiça?”). Afirma que o método dialético ensinado e praticado nos diálogos platônicos não chegou a elaborar um conteúdo definível de justiça.

A conclusão de KELSEN é que “a idéia do Bem inclui a de justiça, aquela justiça a cujo conhecimento aludem todos os diálogos de Platão. A questão ‘o que é justiça?’

coincide, portanto, com a questão o que é bom ou que é o Bem? Várias tentativas são feitas por Platão, em seus diálogos, para responder a essa questão de modo racional, mas nenhuma delas leva a um resultado definitivo” (2001, p. 12).

Um outro exemplo, para KELSEN, da tentativa infrutífera de elaborar um conteúdo definível de justiça, por meio de um método racional ou científico, é a ética de Aristóteles. “Trata-se de uma ética da virtude, ou seja, ele visa a um sistema de virtudes, entre as quais a justiça é a virtude máxima, a virtude plena” (p. 20).

Com relação ao Direito natural, KELSEN sustenta que essa doutrina “afirma existir uma regulamentação absolutamente justa das relações humanas que parte da natureza em geral ou da natureza do homem como ser dotado de razão” (p. 21).

E, adiante, aduz:

“A natureza é apresentada como uma autoridade normativa, como uma espécie de legislador. Por meio de uma análise cuidadosa da natureza, poderemos encontrar as normas a ela imanescentes, que prescrevem a conduta humana correta, ou seja, justa. Se se supõe que a natureza é criação divina, então as normas a ela imanescentes – o Direito natural – são a expressão da vontade de Deus. A doutrina do Direito apresentaria, portanto, um caráter metafísico. Se, todavia, o Direito natural deve ser deduzido da natureza do homem enquanto ser dotado de razão – sem considerar a origem divina dessa razão –, se se supõe que o princípio da justiça pode ser encontrado na razão humana, sem recorrer a uma vontade divina, então aquela doutrina se reveste de um caráter racionalista” (p. 21).

Conclui o insigne mestre da Escola de Viena:

“Do ponto de vista de uma ciência racional do Direito, o método religioso-metafísico da doutrina do Direito

natural não entra absolutamente em cogitação. O método racionalista é, porém, sabidamente insustentável. A natureza como um sistema de fatos, unidos entre si pelo princípio da causalidade, não é dotada de vontade, não podendo, portanto, prescrever qualquer comportamento humano definido” (p. 22).

Como se vê, o talento de KELSEN funciona como verdadeiro destruidor das convicções jusnaturalistas elaboradas ao longo dos séculos, pois “encontrar normas para o comportamento humano na razão é tão ilusório quanto extrair tais normas da natureza” (p. 22).

Com Immanuel Kant, a crítica kelseniana não se passa de modo diverso. O imperativo categórico kantiano determina que o sujeito moral, para ser justo, deve agir sempre de tal modo que a máxima de seu agir possa ser querida como uma lei geral. Noutras palavras, o comportamento humano é justo se for determinado por normas que o homem, ao agir, pode ou deve esperar que sejam obrigatórias para todos.

Veja-se o seguinte excerto no qual KELSEN expõe sua crítica a Kant:

“Mas quais são essas normas que podemos ou devemos esperar que sejam genericamente obrigatórias? E essa é a questão decisiva da justiça; e a ela, o imperativo categórico – da mesma forma a regra de ouro, seu modelo – não dá resposta” (p. 19).

2.2. A justiça para Kelsen

KELSEN (2001), na sua obra “O que é justiça?”, considera a justiça “uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social” (p. 2). E indaga: “mas o que significa ser uma ordem justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felici-

dade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social” (p. 2).

Observa KELSEN que o conceito de justiça passa por uma transformação radical: do sentido original da palavra (que implica o sentimento subjetivo que cada pessoa compreende para si mesma, de modo que a felicidade de um pode ser a infelicidade de outro) para uma categoria social: a felicidade da justiça (p. 4). É que a felicidade individual (e subjetiva) deve transfigurar-se em satisfação das necessidades sociais. Como ocorre no conceito de democracia, deve significar o governo pela maioria e, se necessário, contra a minoria dos sujeitos governados.

Assim, aduz KELSEN, “o conceito de justiça transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem” (p. 4).

3. A teoria discursiva de Jürgen Habermas

HABERMAS (1997) elabora sua teoria do agir comunicativo, contida na obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, para analisar as instituições jurídicas e propor um modelo em que se interpenetram justiça, razão comunicativa e modernidade.

Ao se referir à facticidade e à validade, HABERMAS intenta compreender a dualidade do Direito moderno.

Assim, de um lado, o Direito é facticidade quando se realiza aos desígnios de um legislador político e é cumprido e executado socialmente sob a ameaça de sanções fundadas no monopólio estatal da força. De outro lado, o Direito é validade quando suas normas se fundam em argumentos racionais ou aceitáveis por seus destinatários.

A relação entre facticidade e validade, observa Luiz MOREIRA, “assume uma forma de tensão pelo fato de o Direito reunir em si elementos sancionadores e elementos

provenientes de uma autolegislação. Dito em outros termos, a tensão entre facticidade e validade, no Direito moderno, retorna pela circunstância de que com a sanção se restringe o nível de dissenso, mas esse dissenso é superado no momento em que se introduz em seu bojo a idéia de que as normas jurídicas são emanações do povo” (1999, p. 150).

Essa tensão, nas palavras de HABERMAS, reside:

“(…) mais precisamente entre a coerção do Direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia de autolegislação – ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados – que resgata a pretensão da legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis” (1997, p. 60-61).

No seio de uma tensão permanente entre facticidade e validade, a constituição de uma comunidade jurídica autônoma requer o abandono, em termos pós-metafísicos, de uma razão prática e a assunção de uma razão comunicativa*.

Como afirma HABERMAS:

“Eu resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta” (1997, p. 19).

Mas qual é o sentido dessa mudança? Por não ser prática, vale dizer, por não oferecer nenhum tipo de “indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa” (HABERMAS, 1997, p. 19), a razão comunicativa afasta-se da tradição prescritiva da razão prática.

A proposta de HABERMAS pretende, pois, situar a legitimidade do Direito não no plano metafísico, mas no plano discursivo e procedimental, lançando mão da sua teoria do agir comunicativo, na qual a linguagem supera a dimensão sintática e **semântica, constituindo o medium** de integração social, isto é, o mecanismo pelo qual os

agentes sociais se interagem e fundamentam racionalmente pretensões de validade discursivas aceitas por todos.

Para HABERMAS, o Direito legítimo, nas sociedades atuais pós-metafísicas, depende do exercício constante do poder comunicativo. Para que não se esgote a fonte da justiça, é mister que um poder comunicativo jurígeno esteja na base do poder administrativo do Estado.

Mesmo assumindo a perspectiva de que o ordenamento jurídico emana das diretrizes dos discursos públicos e da vontade democrática dos cidadãos, institucionalizadas juridicamente, observando a correição parcial, há sempre a possibilidade de que a normatividade seja injusta, abrindo-se assim para dois caminhos: o primeiro, a permanecer injusta, passa a constituir-se arbítrio; o segundo, a tornar-se arbítrio, surge a falibilidade e, com isso, a presunção de que seja revogada ou revista.

Ainda, para HABERMAS, a resolução dos conflitos será tanto mais facilmente alcançada quanto maior for a capacidade dos membros da comunidade em restringir os esforços comunicativos e pretensões de validade discursivas consideradas problemáticas, deixando como pano de fundo o conjunto de verdades compartilhadas e estabilizadoras do conjunto da sociedade, possibilitando que grandes áreas da interação social desfrutem de consensos não problemáticos.

O genial da teoria de HABERMAS reside, portanto, na substituição de uma razão prática, baseada num indivíduo que, por meio de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, baseada numa pluralidade de indivíduos que, orientando sua ação por procedimentos discursivos, chegam à norma. Assim, a fundamentação do Direito, sua medida de legitimidade, é definida pela razão do melhor argumento. Como emanação da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais, o Direito pode realizar a grande aspiração da humanidade: a efetivação da justiça.

4. A teoria formal de Chaïm Perelman

4.1. As seis concepções da justiça concreta

Na sua obra “Ética e Direito”, PERELMAN (2000) não pretende formular uma teoria da justiça que seja a mais apropriada e consentânea com a idéia de racionalidade, comparativamente às teorias de outros autores. Pretende, na verdade, a partir de um ponto de vista lógico, examinar os diferentes sentidos da noção de justiça, para deles extrair um substrato comum – a igualdade – que o conduzirá ao conceito de justiça formal ou abstrata.

As seis concepções mais correntes da justiça concreta que se afirmaram na civilização ocidental, desde a Antigüidade até nossos dias, segundo PERELMAN (p. 9), são:

- a) a cada qual a mesma coisa;
- b) a cada qual segundo seus méritos;
- c) a cada qual segundo suas obras;
- d) a cada qual segundo suas necessidades;
- e) a cada qual segundo sua posição;
- f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Segundo a primeira concepção da justiça concreta, ser justo é tratar todos da mesma forma, sem considerar nenhuma das particularidades que distinguem os indivíduos. PERELMAN observa que, no imaginário humano, o ser perfeitamente justo é a morte que vem atingir todos os homens independentemente de seus privilégios.

A segunda concepção da justiça concreta não exige a igualdade de todos, mas um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, ao mérito do indivíduo. A questão é saber o que deve ser levado em conta como mérito ou demérito de uma pessoa, quais os critérios que devem presidir tal determinação, se deve ser considerado o resultado da ação, a intenção do agente ou o sacrifício utilizado. PERELMAN observa que, partindo-se dessa concepção, pode-se chegar a resultados absolutamente distintos, bastan-

do que não se conceda o mesmo grau de mérito aos mesmos atos dos indivíduos.

A terceira concepção da justiça concreta, cujo único critério do tratamento justo é o resultado da ação dos indivíduos, é de aplicação infinitamente mais fácil do que a anterior, pois, em vez de constituir um ideal quase irrealizável, permite só levar em consideração elementos sujeitos ao cálculo, ao peso ou à medida. Daí por que sua aplicação preside tanto o pagamento dos salários dos empregados quanto a definição do resultado de concursos e exames para provimento de cargos públicos.

A quarta concepção da justiça concreta, em vez de levar em consideração méritos dos indivíduos ou de sua produção, tenta reduzir os sofrimentos de que resultam da impossibilidade em que o homem se encontra de satisfazer suas necessidades essenciais. Assim, aqueles que se encontram em situação precária, carecendo de condições consideradas como um mínimo vital, devem ter um tratamento diferenciado.

PERELMAN afirma que a legislação dos países ocidentais que criou, no século XX, os direitos sociais, como o salário-mínimo e o seguro-desemprego, inspirou-se nessa fórmula de justiça.

A quinta concepção da justiça concreta baseia-se na superioridade de indivíduos em decorrência da hereditariedade (ou do nascimento), sendo muito usada na hierarquização social das sociedades aristocráticas e escravocratas, em que as diferenças de tratamento levam em consideração critérios como a raça, a religião e a fortuna.

A sexta (e última) concepção da justiça concreta é a paráfrase do princípio de “dar a cada um o que lhe é devido” (*cuique suum*, dos romanos) e se propõe a aplicar aos fatos um sistema preestabelecido de regras de direito – razão pela qual levará a resultados diferentes conforme o ordenamento jurídico a ser aplicado.

Segundo PERELMAN (2000):

“A análise sumária das concepções mais correntes da noção de justi-

ça mostrou-nos a existência de pelo menos seis fórmulas da justiça – admitindo a maioria delas ainda numerosas variantes –, fórmulas que são normalmente inconciliáveis. Embora seja verdade que, graças a interpretações mais ou menos forçadas, a afirmações mais ou menos arbitrárias, se pode querer relacionar essas diferentes fórmulas umas com as outras, elas não deixam de apresentar aspectos da justiça muito distintos e o mais das vezes opostos” (p. 12-13).

4.2. A justiça em Chaim Perelman

PERELMAN (2000) apresenta a noção de justiça formal (vinculada à igualdade) como o substrato comum às seis concepções da justiça concreta examinadas anteriormente. Esse substrato comum – a igualdade – fundamenta-se em valores escolhidos de forma aleatória – igualdade segundo, por exemplo, a riqueza e a beleza. Em decorrência, PERELMAN acaba por estabelecer, como regra de justiça, a igualdade formal, porquanto “ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica, a única que se deve levar em conta na administração da justiça. Qualifiquemos essa característica de essencial” (p. 18-19).

A justiça formal ou abstrata, para PERELMAN, é, pois, “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (p. 19), sendo que esse princípio subjaz latente em cada uma das seis noções da justiça concreta.

A partir desse conceito de justiça formal ou abstrata, observa-se que as concepções concretas de justiça se distinguem à medida que cada uma delas erige um valor diverso para definir a pertinência dos indivíduos às categorias essenciais dentro das quais aplicar-se-á um tratamento igual.

Como observa PERELMAN:

“Nossa definição de justiça é formal porque não determina as catego-

rias que são essenciais para a aplicação da justiça. Ela permite que surjam as divergências no momento de passar de uma fórmula comum de justiça concreta para fórmulas diferentes de justiça concreta. O desacordo nasce no momento em que se trata de determinar as características essenciais para a aplicação de justiça” (p. 19).

Em suma, a justiça possível em PERELMAN é a justiça formal ou abstrata segundo o parâmetro da igualdade, fundado sobre uma pauta valorativa. Logo, a justiça deve contentar-se com um desenvolvimento formalmente correto de um ou mais valores. E assim Perelman é levado a distinguir três elementos na justiça de determinado sistema normativo: o valor que a fundamenta, a regra que a enuncia e o ato que a realiza.

Afirma PERELMAN:

“Os dois últimos elementos, os menos importantes, aliás, são os únicos que podemos submeter a exigências racionais: podemos exigir do ato que seja regular e que trate da mesma forma os seres que fazem parte da mesma categoria essencial; podemos pedir que a regra seja justificada e que decorra logicamente do sistema normativo adotado. Quanto ao valor que fundamenta o sistema normativo, não o podemos submeter a nenhum critério racional, ele é perfeitamente arbitrário e logicamente determinado” (p. 63).

5. A relação entre as teorias de Hans Kelsen e Chaim Perelman

Há, inegavelmente, pontos comuns e distintivos entre a teoria de KELSEN (2001) e a teoria de PERELMAN (2000).

Os pontos comuns residem no fato de que ambos descrevem dos pensadores metafísicos que sustentam poder-se alcançar a justiça pela razão prática ou pela revelação mística – a noção acabada de justiça. KELSEN e PERELMAN afirmam peremptoriamente o caráter relativo dos valores, por

natureza arbitrários, que decorrem de escolhas, ou opções, e não de evidências empíricas, ou de parâmetros lógicos.

Os pontos distintivos residem, basicamente, da convicção de Perelman de que é possível encontrar um substrato comum a todas as concepções concretas de justiça – a justiça formal vinculada à igualdade. Por isso, adverte KELSEN que esse pretensão substrato comum é apenas uma decorrência lógica da generalidade da norma e da necessidade de sua correta aplicação. Nesse sentido, a justiça formal de PERELMAN nada tem a ver com a igualdade.

6. A teoria social de John Rawls

6.1. Os princípios de justiça social

A teoria da justiça de John RAWLS (2000), contida na obra “Uma teoria da justiça”, é uma das mais importantes desenvolvidas no século XX. Pretende RAWLS “elaborar uma teoria da justiça que seja uma alternativa para essas doutrinas que há muito tempo dominam a nossa tradição filosófica – a utilitária e a intuicionista” (p. 3).

A sociedade é vista por RAWLS como uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que, em suas relações, reconhecem a existência de regras de condutas como obrigatórias, as quais, na maioria das vezes, são cumpridas e obedecidas, especificando um sistema de cooperação social para realizar o bem comum.

Nesse contexto, surgem tanto identidade de interesses como conflito de interesses entre as pessoas, pois estas podem acordar ou discordar pelos mais variados motivos, quanto às formas de repartição dos benefícios e dos ônus gerados no convívio social.

É precisamente aí que desempenham seu papel os princípios da justiça social. Nas palavras de RAWLS:

“Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para se-

lar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social” (p. 5).

Para RAWLS, são dois os princípios da justiça social:

“Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (p. 64).

Tais princípios, segundo Rawls, aplicam-se à estrutura básica da sociedade, presidem a atribuição de direitos e deveres e regem as vantagens sociais e econômicas advindas da cooperação social.

6.2. A justiça em John Rawls

RAWLS (2000) observa ainda que os dois princípios são um caso especial de uma concepção mais geral da justiça assim expressa:

“Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos” (p. 66).

Vê-se, pois, que os princípios de justiça social têm um nítido caráter “substancial”, e não meramente “formal”, na teoria de RAWLS. Logo no início de sua obra, ele é bem claro quando sustenta que o que o preocupa é a justiça verificada na atribuição de direitos e liberdades fundamentais às pessoas, assim como a existência real da igualdade de oportunidades econômicas e de

condições sociais nos diversos segmentos da sociedade.

Assim, o objeto primário da justiça, para RAWLS, “é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social” (p. 8).

Segundo RAWLS, os princípios de justiça social, que regulam a escolha de uma constituição política, devem ser aplicados em primeiro lugar às profundas e difusas desigualdades sociais, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade.

Em suma, para RAWLS, a concepção de justiça apresentada na sua obra consiste na “justiça como equidade” (*fairness*), significando que é uma justiça estabelecida numa posição inicial de perfeita equidade entre as pessoas, e cujas idéias e objetivos centrais constituem uma concepção para uma democracia constitucional.

Assevera RAWLS:

“Minha esperança é a de que a justiça como equidade pareça razoável e útil, mesmo que não seja totalmente convincente, para uma grande gama de orientações políticas ponderadas, e portanto expresse uma parte essencial do núcleo comum da tradição democrática” (p. XIII - XIV).

7. Conclusão

Ao realizar este trabalho, optamos por analisar as teorias da justiça de Hans KELSEN (2001), Jürgen HABERMAS (1997), Chaim PERELMAN (2000) e John RAWLS (2000) porque, além da sua inegável atualidade, constituem abordagens racionais de temas fundamentais da Filosofia do Direito.

KELSEN demonstra, no seu profundo exame das diversas concepções de justiça apresentadas pelo pensamento clássico e pelo pensamento jusnaturalista, que quase sempre os jusfilósofos definem justiça de uma forma não racional ou metafísica, ape-

lando para uma idéia de bem inteligível pela razão e de uma natureza dotada de poder normativo, com uma espécie de legislador.

KELSEN considera a justiça como a felicidade social, a felicidade garantida por uma ordem justa – a que regula o comportamento dos homens de modo a contentar a todos. A aspiração da justiça é a eterna aspiração da felicidade, que o homem não pode encontrar sozinho e, para tanto, procura-a na sociedade. A felicidade social é denominada justiça.

Nesse contexto, HABERMAS deixa claro que, nas sociedades contemporâneas pós-metafísicas, torna-se inviável a fundamentação do Direito numa suposta ordem natural, numa dimensão ética ou numa moral metafísica. É a partir de uma concepção discursiva e procedimental que se pode construir uma presunção de legitimidade e racionalidade de conteúdo de uma norma; é pelo discurso que os cidadãos participam e promovem a mobilização de suas energias comunicativas em prol de um entendimento mútuo. O princípio do discurso, após assumir forma jurídica, transforma-se em princípio da democracia.

HABERMAS alerta, ainda, que, nessa crise da razão prática, sejam instauradas sua negação e sua substituição pela razão comunicativa.

Esse é o sentido da reviravolta operada pela teoria discursiva do Direito: a recusa da normatividade imediata da razão prática e a assunção da normatividade mediata da razão comunicativa.

A partir dessas considerações, torna-se assim o Direito fruto da emanção da opinião e da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais. A institucionalização das aspirações e das opiniões das pessoas, na modernidade, se dá por meio da positivação do Direito.

HABERMAS, na sua teoria do agir comunicativo, retoma o caminho de uma teoria crítica da sociedade, com a mudança do paradigma da razão prática para a razão comunicativa.

PERELMAN rejeita também a concepção de um bem supremo presidido por uma instância metafísica, bem como a crença inabalável na razão prática. Propõe-se a examinar, a partir da lógica formal, as seis concepções concretas da justiça, para daí extrair um substrato comum a todas elas. Esse substrato comum passa a ser seu conceito de justiça formal vinculada à igualdade.

A análise de PERELMAN leva à conclusão de que todo sistema de justiça é fundamentado nos princípios que estão na sua base e seu valor é arbitrário e logicamente indeterminado. Assim, observa-se que todo sistema de justiça dependerá de outros valores que não o valor justiça. Todavia, a justiça possui um valor próprio, que resulta da necessidade racional de coerência e regularidade das normas que compõem o sistema. No interior deste, a justiça tem um sentido bem definido: o de evitar qualquer arbitrariedade nas regras, qualquer irregularidade da ação.

Finalmente, RAWLS postula uma teoria de justiça que seja uma alternativa para as doutrinas clássicas – a utilitarista e a intuitionista – e leve a um nível mais alto de abstração a teoria do contrato social tal qual se encontra em Locke, Rousseau e Kant.

Entretanto, o consenso original concebido por RAWLS não é o que inaugura a sociedade civil e define uma forma particular de governo. São os princípios de justiça social, propostos por RAWLS na sua doutrina e aplicáveis às desigualdades existentes na estrutura básica de qualquer sociedade, que constituem o objeto do consenso original.

O autor norte-americano recupera a noção de contrato social, que é, originariamente, uma categoria jusnaturalista, para apresentá-la não mais como um acordo entre os homens para a criação de uma sociedade política, mas como uma formulação racional capaz de renortear as normas sociais, a partir do conceito de justiça.

É precisamente o conceito de “justiça como equidade” (*fairness*) que vai caracterizar a origem, a natureza e a função dos princípios de justiça social propostos por RAWLS.

A teoria da justiça de RAWLS busca integrar as liberdades civis e políticas com os direitos econômicos, sociais e culturais. Transforma-se em modelo para os governos social-democratas que se instalaram no mundo ocidental. Entre o liberalismo extremado e o socialismo ortodoxo, RAWLS propõe uma alternativa intermediária, a que denomina “justiça como equidade” (*fairness*).

Quanto à importância e à viabilidade dessas teorias, mormente a discursiva de HABERMAS e a social de RAWLS, conquanto sejam passíveis de críticas, do ponto de vista metodológico e de conteúdo, constituem instrumentos sobremodo úteis para se avaliar a legitimidade da dominação política, econômica e social exercida nas sociedades concretas modernas. Nesse sentido, não podemos aquiescer com o fundamento da teoria positivista de KELSEN que vê a distinção entre a dominação de um Estado ditatorial e a dominação de um Estado democrático como uma simples questão de maior ou menor eficácia repressiva.

Os princípios de justiça social, propostos por RAWLS, constituem, sem dúvida, instrumentos robustos para uma análise da estrutura básica de qualquer sociedade concreta, quanto ao conceito do justo e ao conceito do igualitário, considerando o caráter substancial e não meramente formalista que RAWLS confere a esses princípios.

Nota

* Segundo Godoi, “a razão comunicativa proposta por Habermans difere substancialmente da razão prática sustentada anteriormente pela filosofia do direito ou pela filosofia da história. Enquanto a razão prática buscava ser uma fonte de prescrições para a atuação social do sujeito individual ou mesmo do Estado, a razão comunicativa busca somente definir as condições procedimentais do discurso sob as quais os sujeitos sociais podem chegar a um entendimento legítimo que gere integração social e expectativas compartilhadas” (1999, p. 67).

Bibliografia

- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GODOI, Márcio Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. I – II.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça e política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Petrópolis: Vozes, 1991.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- TORDESILHAS, Alonso. *Perelman, Platão e os sofistas: justiça e nova retórica*. Revista Reflexão, Campinas, n. 49, p. 109-130, jan./abr. 1991.