

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
PROGRAMA DE DOUTORADO**

***UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO:*  
Justiça, liberdade e democracia em John Rawls**

**Doutoranda: Cecilia Caballero Lois**

**Orientador: Professor Doutor Sílvio Dobrowolski**

**Florianópolis, 1º de novembro de 2001**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
PROGRAMA DE DOUTORADO**

***UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO:*  
Justiça, liberdade e democracia em John Rawls**

**Tese submetida à Universidade  
Federal de Santa Catarina –  
UFSC, como requisito parcial  
para a obtenção do grau de  
Doutor em Direito.**

**Doutoranda: Cecilia Caballero Lois**

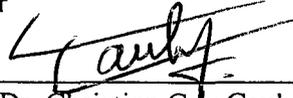
**Orientador: Professor Doutor Sílvio Dobrowolski**

**Florianópolis, 1º de novembro de 2001**

Esta tese foi julgada apta para a obtenção do título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.



Professor Dr. Sílvio Dobrowolski  
Orientador



Professor Dr. Christian Guy Caubet  
Coordenador do Curso

**Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores:**



Dr. Sílvio Dobrowolski  
Professor Orientador

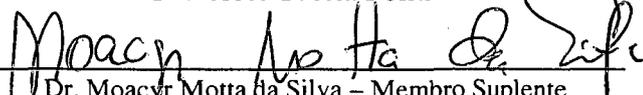
Dr. Ubiratan Borges de Macedo – Membro Titular  
Professor Filosofia Política

Dr. José Luís Bolzan de Moraes – Membro Titular  
Professor Teoria Constitucional

Dra. Patrícia Luíza Kegel – Membro Titular  
Professora Teoria e Filosofia do Direito

Dr. Sérgio U. Cademartori – Membro Titular  
Professor Teoria e Filosofia do Direito

Dr. Antônio Carlos Wolkmer – Membro Suplente  
Professor Teoria Política



Dr. Moacyr Motta da Silva – Membro Suplente  
Professor Filosofia do Direito

Florianópolis, 1º de novembro de 2001

*Para Rogerio.*

## *Agradecimentos*

Durante muito tempo, esperei que fosse chegado o momento de escrever 'meus agradecimentos'. Sabia que então estaria muito perto do fim. Assim, como era de se esperar, ansiei fortemente por esta hora. Agora, que estou aqui, receio ser traída pela emoção, pela saudade, temo esquecer alguém, ou muito pior, não ter o que dizer para aqueles sem os quais nunca teria chegado tão longe. Mas, tento pensar que nada disso importa, pois sei que é tempo de dizer obrigada, de dizer, valeu! Por isso, meus queridos, recebam isto como algo muito além de meu reconhecimento, recebam meu carinho e gratidão eternos.

Antes e acima de tudo, agradeço aos meus pais, Carmen e José, que dividiram cada momento desta e de outras longas jornadas, com quem sempre pude contar. Bem sei que foi somente por eles, que sempre pude realizar tudo o que desejei, pois jamais deixaram de encorajar e alimentar meus sonhos. Não tenho certeza se este trabalho pode, em alguma medida, retribuir alguma coisa das tantas que recebi, mas espero que mostre, pelo menos, que a missão está cumprida. Tenho muito para dizer também a minha madrinha Blanca, aos meus irmãos Nicolás e Sebastián e as minhas cunhadas Daniela, Vanessa e Paula que sempre torceram e estão felizes por mim. O que dizer, entretanto, a alguém que está tão próximo além de *contem comigo, estou aqui, está bem?*

Uma lembrança muito especial é o mínimo que posso oferecer para a amiga querida Jeanine Nicolazzi Philippi. Além de companheira fiel das batalhas ingratas de um cotidiano extenuante, foi ela que me ajudou a ir adiante, me impediu de pensar em abandono e, ainda, representa uma das referências intelectuais mais importantes em meu percurso. Sua postura acadêmica e sua coragem neste mundo tão hostil, me ensinaram um pouco da dignidade de ser mulher.

O que dizer então de Luiz Magno Pinto Bastos Júnior, amigo fraterno, companheiro desta aventura onírica que foi (re)descobrir a Teoria

Constitucional? Luiz Magno foi presença constante, dividiu comigo as angústias de construir este trabalho, discutindo, a cada momento, todas as infindáveis dúvidas. Posso dizer, por tudo isso, que tive ao meu lado um dos mais promissores constitucionalistas de sua geração.

Dividi e partilhei as armadilhas de encarar a realização desta tese com algumas amigas que atravessam (ou atravessaram) esta tarefa. Sem dúvida, tudo seria mais difícil se Cláudia Maria Barbosa não tivesse me presenteado com as obras completadas de RAWLS, se seu bom humor não fosse algo reconfortante e, principalmente, se não encarássemos tudo isso como uma passagem para trabalhos conjuntos num futuro bem próximo. Também quero lembrar Gisela Bester Benitez pelos diálogos férteis e pela sua amizade incondicional. Através delas, estendo o meu carinho a todas as amigas e amigos que não será possível nomear.

Esta tarefa teria sido ainda mais difícil se não tivesse contado com a colaboração de Vladimir Luz, meu fiel assistente de pós-graduação, que me brindou com a possibilidade de mais algumas horas de estudo. Agradeço igualmente a acadêmica de Michelle Xavier a sua atenção e envolvimento com este trabalho. Ambos foram fundamentais e fizeram a diferença.

Rosa Alice Moismann, sempre dedicada, recebe meu agradecimento por suas observações e sugestões precisas. Ela acompanhou este trabalho do início ao fim, sempre eficaz para me auxiliar nas intempéries em que o vernáculo nosso de cada dia me colocou. Sua colaboração foi indispensável.

A Ruth Larré agradeço profundamente a sua leitura atenta tanto do texto quanto das traduções. Agradeço profundamente também a Norminha Cassel que corrigiu a versão final desta tese. Dela, o mínimo que posso dizer é que foi a última grande alegria deste percurso, por isso, obrigado será sempre insuficiente. Receba minha sincera admiração.

E, Maria Emília Coelho então? Milly foi minha (nossa, diria até) 'médica de família'. Esteve por perto em todas as dores, inflamações... e muito mais. Mas ninguém como ela é apenas nossa médica. Ela é uma

querida amiga, um bálsamo no cotidiano, que me permite realizar outras vocações.

Às queridas Angélica, Conceição, Cleide, Carla, Ivonete, Rose, Gilvana, Telma e Débora, agradeço o apoio e a amizade que cada uma delas, de seu modo, me ofereceu durante estes anos na UFSC.

Não posso esquecer Sônia T. Felipe, que me acenou com a possibilidade de reunir RAWLS e a Teoria Constitucional e me mostrou, a certa altura, uma luz no fim do túnel.

Também quero deixar aqui meu tributo Luis Alberto Warat. Luis esteve comigo no início desta tese e, como o grande professor que sempre foi, soube tinha chegado a hora de percorrer outras trilhas. Sem pesares, deixou-me livre para ir adiante. Tenho nele agora, além de um eterno mestre, um querido amigo.

Sou grata, ainda, aos professores Sérgio Cademartori e Patrícia Kegel que compuseram a banca de avaliação da monografia e cujas contribuições foram inestimáveis. Contudo, gostaria de agradecer, principalmente, a colaboração oferecida depois da defesa, através das sugestões de bibliografia que em muito me auxiliaram. Espero ter correspondido.

Há que se acrescentar, neste momento derradeiro, a colaboração inestimável dos professores Ubiratan Borges de Macedo, José Luiz Bolzan de Moraes, Moacir Motta, bem como os eternos Sérgio e Patrícia que compuseram a banca examinadora deste trabalho e me brindaram com contribuições inestimáveis.

Durante a elaboração deste trabalho, entretanto, nada se compara ao estímulo e ao apoio que recebi do meu prezado orientador, Sílvio Dobrowolski. Sem dúvida, dele obtive uma grande e preciosa assistência, que ultrapassou, em muito, qualquer menção que possa ser feita, nesse momento. Quero aqui, expressar minha mais profunda admiração pela coerência e objetividade com que sempre conduziu este trabalho, auxiliando-me nas 'encruzilhadas' em que por muitas vezes me encontrei. Mas, principalmente,

desejo agradecer o respeito e a confiança que sempre demonstrou ter por mim. Essa silenciosa colaboração, talvez tenha sido o seu mais precioso legado.

E, finalmente, Rogerio, aquele a quem mais desejo agradecer. Foi ele quem compartilhou comigo todas as (muitas) horas difíceis e quem também vibrou nas alegrias que, sei muito bem, foram poucas, pois a tese muito nos roubou. Prometo-lhe, entretanto, que, de ora em diante, não irão faltar. Rogerio leu e releu várias vezes este trabalho, deu sugestões, foi atencioso, segurou firme meus momentos mais nervosos e, muito mais, me fez perceber que era possível chegar até aqui. Se tudo isto já não bastasse para lhe dedicar esta tese, ele ainda é a única pessoa que me faz feliz.

## RESUMO

Esta tese tem como finalidade verificar em que medida a obra do filósofo americano John Rawls se constitui em uma teoria constitucional. Para tanto, serão apresentados os fundamentos do pensamento constitucional, os pressupostos epistemológicos que permitiram o aparecimento da Teoria da Constituição propriamente dita, bem como a análise das categorias que compõem seu âmbito material (conceito e significado de Constituição, poder constituinte e reforma da Constituição, organização e limitação do poder político, validade e eficácia das normas constitucionais, controle da constitucionalidade, interpretação da Constituição e direitos fundamentais).

Logo após, será apresentada o trabalho do autor. O que se pretende com o exame de sua obra, é o escrutínio dos principais conceitos da *justiça como equidade* (denominação que John Rawls dá a sua teoria), e a análise das principais polêmicas e das distintas interpretações que a teoria encerra em si mesma. Ainda, nesse tópico, devem ser revisadas as críticas mais relevantes a *Uma Teoria da Justiça* (sua primeira obra) e a transição ao *Liberalismo Político* (sua segunda obra); também serão examinados, ainda, alguns dos ataques que o autor sofreu.

Por último, efetuar-se-á a conciliação entre as duas linhas de pesquisa que sustentam esta tese. Buscar-se-á constatar em que medida a configuração proposta (a Teoria Rawlsiana da Constituição) é possível e quais as contribuições que essa confluência pode trazer. Para tal, serão expostos, inicialmente, os elementos materiais da teoria constitucional, no sistema teórico de John Rawls; a seguir, serão examinados os conceitos propriamente ditos albergados nessa teoria e quais os que podem ser obtidos a partir de uma dedução lícita e fundamentada. Feito isso, verificar-se-á qual a principal referência epistemológica da *justiça como equidade*, considerada enquanto teoria constitucional. E, enfim, serão apontadas as contribuições que a obra do professor americano pode oferecer à concretização da democracia constitucional.

## RESUMEN

Esta tesis tiene por objeto verificar en que medida la obra del filósofo americano John Rawls se constituye en una teoría constitucional. Para ello, se presentarán los fundamentos del pensamiento constitucional, los presupuestos epistemológicos que permiten el apareamiento de la Teoría de la Constitución propiamente dicha, así como el análisis de las categorías que componen su ámbito material (concepto y significado de Constitución, poder constituyente y reforma de la Constitución, organización y limitación del poder político, validez y eficacia de las normas constitucionales, control de la constitucionalidad, interpretación de la Constitución y derechos fundamentales).

Luego se presentará la obra del autor. Lo que se pretende con el examen de esa obra, es el escrutinio de los principales conceptos de la *justicia como imparcialidad* (denominación que John Rawls le da a su teoría), y el análisis de las principales polémicas y de las distintas interpretaciones que la teoría encierra en sí misma. Además, en este espacio deben ser revisadas las críticas más relevantes a *Una teoría de la Justicia* (primera obra del autor) y la transición al *Liberalismo Político* (segunda obra); también se examinarán algunos de los ataques que el autor sufrió.

Por último se efectuará la conciliación entre las dos líneas de investigación que sostienen esta tesis. Se buscará cerciorarse en que medida la configuración propuesta es posible y que contribuciones esa confluencia puede traer. Para eso, se expondrán, inicialmente los elementos materiales de la teoría constitucional, en el sistema teórico de John Rawls; a continuación serán examinados los conceptos propiamente dichos albergados en esa teoría y los que pueden ser obtenidos a partir de una deducción lícita y fundamentada. Hecho eso, se verificará cual es la principal referencia epistemológica de la *justicia como imparcialidad*, considerada como teoría constitucional. Y, finalmente, serán señaladas las contribuciones que la obra del profesor americano puede ofrecer a la concretización de la democracia constitucional.

## ABSTRACT

This dissertation aims at verifying to what measure the work of the American philosopher John Rawls constitutes itself into a constitutional theory. For such purpose, it will be presented the foundations of the constitutional thought, the epistemological presuppositions that allow the appearance of the so called Theory of the Constitution, as well as the analysis of the categories that form its material scope (concept and meaning of Constitution, constituent power and reform of the Constitution, organization and limitation of the political power, validity and efficacy of the constitutional norms, control of the constitutionality, interpretation of the Constitution and fundamental rights).

In the sequence, the work of the author will be presented. What is intended with the exam of this work is the scrutiny of the main concepts of *justice as fairness* (denomination given by John Rawls to his theory), and the analysis of the main polemics and of the distinct interpretations that the theory encompasses in itself. Still in this topic, there will be a review of the most relevant criticisms to a *Theory of Justice* (first work of the author) and the transition to *Political Liberalism* (second work); some of the harsh criticisms suffered by the author will also be examined.

Finally there will be a conciliation between the two research lines that support this dissertation. There will be an attempt to verify to what measure the proposed configuration is possible and what contributions this confluence can bring. For such, there will be exposed, initially, the material elements of the constitutional theory, in the theoretical system of John Rawls; there follows an exam of the concepts encapsulated in this theory and which ones can be obtained from a licit and fundamented deduction. In the sequence, there will be a verification of which is the main epistemological reference of *justice as fairness*, considered as constitutional theory. To conclude, there will be emphasized the contributions that the work of the American professor can offer to the concretization of constitutional democracy.

## SUMÁRIO

<b>INTRUDUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: AS BASES DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>11</b>
1.1 CONSTITUCIONALISMO AVANT-LA-LETTRE: PRIMEIRAS NOTAS DA FORMAÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL.....	11
1.1.1 Aristóteles: Constituição, organização do poder e controle de constitucionalidade na Grécia Antiga.....	14
1.1.2 Cícero e as bases fundacionais do constitucionalismo moderno.....	20
1.1.3 Constitucionalismo e liberdade antes do liberalismo: as leis fundamentais na Idade Média. ....	30
1.2 CONTRATO E CONSTITUIÇÃO: LIBERALISMO E ILUMINISMO COMO CERNES DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL.....	41
1.2.1 A instituição do Estado e de uma “justiça jurídica” a partir do medo: Thomas HOBBS e a fórmula do “estado de natureza” .....	43
1.2.2 Contrato e constituição: o constitucionalismo liberal de John LOCKE e o contratualismo democrático de J.J. ROUSSEAU.....	48
1.2.3 Iluminismo e constituição: MONTESQUIEU e a teoria da separação dos poderes e entendimento e ilustração na obra de Immanuel KANT .....	64
1.3 O CONSTITUCIONALISMO DA LIBERDADE COMO CERNE DA TEORIA FORMAL DA CONSTITUIÇÃO .....	76
1.3.1 A Teoria do Poder Constituinte na origem da Teoria Formal da Constituição: contratualismo e representação em SIEYÈS.....	76
1.3.2 O liberalismo na Teoria Constitucional.....	84
<b>CAPÍTULO II – A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: ORIGEM HISTÓRICA, CONFIGURAÇÃO ATUAL E CRISE DE RACIONALIDADE.....</b>	<b>88</b>
2.1 SENTIDO E ALCANCE DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS.....	88

2.1.1 O contexto histórico da formação da Teoria da Constituição: breves notas para a compreensão do eixo Weimar/ Viena.....	92
2.1.2 A Teoria Formal da Constituição: o neopositivismo de JELLINEK e KELSEN.....	97
2.1.3 A Teoria Material da Constituição de primeira geração: o decisionismo de Carl SCHMITT, o integracionismo de Rudolf SMEND e o sociologismo de Hermann HELLER.....	110
2.2 A HERANÇA DO CONSTITUCIONALISMO DE WEIMAR: A PROBLEMÁTICA DO CONSTITUCIONALISMO ATUAL ATRAVÉS DAS OBRAS DE HESSE, MÜLLER E HÄBERLE .....	132
2.2.1 A Teoria Constitucional de Konrand HESSE, Frederich MÜLLER e Peter HÄBERLE	134
2.3 A TEORIA CONSTITUCIONAL NO LIMIAR DO SÉCULO XXI: MUDANÇA POLÍTICA E CRISE DE RACIONALIDADE .....	151
2.3.1 Interpretação da Constituição, abertura constitucional, direitos fundamentais e crise de racionalidade .....	151
2.3.2 O direito constitucional jurisprudencial e o problema da irracionalidade das decisões .	159
2.3.3 Insuficiência da tópica e da nova hermenêutica: que teoria constitucional? .....	163

**CAPÍTULO III – A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS: ELEMENTOS E CRÍTICAS NA CONFORMAÇÃO DE UMA BASE CONSTITUCIONAL .....** 167

3.1 A <i>UMA TEORIA DA JUSTIÇA</i> DE JOHN RAWLS: ELEMENTOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO.....	167
3.1.1 A teoria da justiça como teoria da equidade: os princípios fundamentais da obra de RAWLS.....	171
3.1.2 Seria <i>Uma Teoria da Justiça</i> contratualista? Problemas epistemológicos derivados do conflito entre <i>posição original</i> e <i>equilíbrio reflexivo</i> . .....	192
3.2 A <i>UMA TEORIA DA JUSTIÇA</i> NA BERLINDA: LIBERTÁRIOS E COMUNITÁRIOS DESCONSTRUINDO RAWLS. ....	211
3.2.1 NOZICK e o Estado mínimo: desafiando o igualitarismo de RAWLS.....	211
3.2.2 O liberalismo e os limites da comunidade: as críticas de SANDEL e TAYLOR .....	217
3.3 DA FILOSOFIA MORAL À FILOSOFIA POLÍTICA: ANÁLISE DA OBRA <i>O LIBERALISMO POLÍTICO</i> E REDEFINIÇÃO DO CONCEITO E ALCANCE DA <i>JUSTIÇA COMO EQUIDADE</i> .....	224
3.3.1 As Bases para a compreensão da concepção política de justiça: uma análise dos principais conceitos do <i>Liberalismo político</i> .....	228

3.3.2 O <i>Overlapping consensus</i> e o conceito de político para RAWLS: problemas capitais no <i>Liberalismo político</i> .....	244
3.3.3 Limitações à idéia de posição original e a questão da autonomia kantiana: a crítica de Jürgen HABERMAS a RAWLS.....	253

**CAPÍTULO IV – A TEORIA CONSTITUCIONAL DE JOHN RAWLS: ELEMENTOS DISTINTIVOS, COMPREENSÃO METODOLÓGICA E PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES..... 261**

4.1 ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS NA OBRA DE JOHN RAWLS: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS.....	261
4.1.1 A formação do pensamento constitucional segundo John RAWLS: origem histórica e elementos constitucionais essenciais.....	263
4.1.2 Validade e eficácia das normas constitucionais. Interpretação constitucional e Controle de constitucionalidade: elementos distintivos na teoria de RAWLS.....	300
4.1.3 Constituição e processo.....	320
4.2. O PRIMADO DA CONSTITUIÇÃO GARANTIA: A CONFIGURAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA TEORIA CONSTITUCIONAL RAWLSIANA.....	326
4.2.1 Liberdade e processo: fundamentos epistemológicos da Teoria Rawlsiana da Constituição.....	328
4.2.2 Legitimidade e eficácia na obra de RAWLS: elementos materiais ou Liberalismo Igualitário?.....	330
4.3 A TEORIA RAWLSIANA DA CONSTITUIÇÃO: ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....	333
4.3.1 Os direitos da maioria ou a superioridade dos direitos: RAWLS e a democracia fundamentalista.....	340
4.3.2 Constituição e consenso constitucional: para sair do <i>modus vivendi</i> .....	348

**CONCLUSÃO.....353**

**BIBLIOGRAFIA.....360**

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, denominado *Uma Teoria da Constituição: justiça, liberdade e democracia em John Rawls*, tem como finalidade verificar em que medida a obra do filósofo americano<sup>1</sup> pode ser configurada como uma Teoria da Constituição. A hipótese central desta pesquisa é que a obra do autor não apenas se caracteriza como tal, mas também pode contribuir, em alguma medida, para a concretização da democracia constitucional, permitindo também, como permite, dirimir alguns problemas derivados da crise de racionalidade que a atinge. Tais problemas, suscitados pela crise do constitucionalismo liberal, da Constituição dirigente e do Estado Social, bem como pelos impactos advindos da globalização e do surgimento de um direito supranacional, demandam novas luzes sobre algumas questões político-constitucionais. E o arcabouço teórico atual, vinculado à racionalidade liberal oitocentista, não apresenta condições de oferecer essas luzes.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> John RAWLS nasceu em Baltimore (Maryland), Estados Unidos, em 1921. Fez doutorado em Princeton em 1951, onde exerceu pela primeira vez o magistério. Foi também professor na Universidade de Cornell e no *Massachusetts Institute of Technology*. Desde 1962 é professor de filosofia em Harvard. Sua obra apresenta um caráter bastante linear, manifesto desde seus primeiros artigos, que aparecem esparsos, mas que ganham sentido cada vez que lidos como a continuidade dos anteriores e, finalmente, quando da publicação de *Uma Teoria da Justiça*, recebem um sentido unitário e sistemático. O conjunto de sua obra tem sido objeto de estudos variados, desde a publicação dos seus primeiros artigos, na década de cinquenta (v.g., *Justice as Fairness*, 1958). Com a edição de *Uma Teoria da Justiça*, em 1971, os trabalhos destinados à compreensão de sua obra ganharam mais fôlego e diversidade, tornando definitivamente o autor um dos mais reconhecidos filósofos da atualidade. Na tentativa de assimilar as críticas e, por outro lado, para melhor responder a elas, publica, em 1993, *Liberalismo Político*, reunindo várias conferências e artigos produzidos desde 1978. Em 1999, finalmente, publica *The Law of Peoples*, onde propõe a extensão dos princípios ordenadores de uma sociedade justa à comunidade internacional. Embora bastante conhecido no Brasil, sua obra não tem tido o destaque que merece. A grande maioria dos trabalhos destinados a sua compreensão provém da área da filosofia política e moral. No campo da teoria jurídica contemporânea e afins, sua obra tem sido relegada a segundo plano, inclusive pela própria Teoria da Constituição.

<sup>2</sup> Vários são esses problemas. Para efeito de sistematização, neste trabalho eles serão divididos em três grupos: a) os ensejados pelo constitucionalismo formal; b) os suscitados pelo constitucionalismo material; c) aqueles que surgiram a partir dos fenômenos conhecidos como globalização e, mais especificamente, referem-se ao direito comunitário. A primeira ordem de problemas surge da vinculação da Constituição de um Estado a um Estado de direito formal, tornando-a simples instrumento de garantia dos direitos individuais, mas

Com efeito, a Teoria Constitucional começou a delinear-se na metade do século XIX, sob forma de uma reflexão crítico-dogmática sobre o conceito de Lei Fundamental. Tal reflexão buscava servir à cultura política do liberalismo. Com esse objetivo, vinculava a necessidade de limitação do poder político e de proteção do indivíduo à existência de instrumentos jurídicos, ou seja, à presença específica de uma Constituição escrita. Ao se firmar como disciplina autônoma, no início do século XX, na Alemanha, a Teoria da Constituição surge com preocupações que lhe são inerentes e que caracterizam o seu âmbito material. Retomam-se, então, o conceito e significado de uma Constituição escrita; a ênfase sobre o poder constituinte e sobre os instrumentos de reforma da Constituição; os mecanismos para limitação e organização do poder político; a validade e eficácia das normas constitucionais; a importância da interpretação constitucional; o controle de constitucionalidade e, finalmente, o conceito e a função dos direitos fundamentais. Quando assume esses conteúdos para si, a Teoria Constitucional demonstra que pretende ser, ao mesmo tempo, uma normatização jurídica do político e uma sistematização teórica de determinados princípios e institutos constitucionais. Requer, portanto, ser compreendida, antes de tudo, como a instância de análise e reflexão sobre as relações entre Constituição, Estado e poder político, sustentando-se, principalmente, na procura da consolidação de uma democracia constitucional.

---

dissociando-a de toda a sociedade que pretende regular. Com isso, a Teoria Constitucional – alicerçada que está a esse modelo de Constituição – é insuficiente para regular, dirimir e decidir problemas jurídicos levantados numa sociedade complexa. São problemas que não diferem muito dos ocasionados pela crise do constitucionalismo material. Nesse sentido, a crise da Constituição dirigente foi ocasionada pelo colapso do Estado Social, que não conseguiu acompanhar os problemas de uma sociedade mais que moderna. Na terceira ordem de problemas, estão aqueles ensejados pela crise do Estado-nação a partir dos fenômenos da globalização e do neo-liberalismo. Com efeito, a Teoria Constitucional, a partir dessas mudanças, passou a enfrentar problemas de inclusão, pois não conseguiu mais assimilar as inovações jurídicas devido a um esquema conceitual que provoca um déficit de comunicação e informação. A Teoria da Constituição enfrenta também problemas de referência oriundos da concepção centralizadora do Estado, que não considera as universalidades atuais; diz-se, assim, que a Teoria Constitucional não consegue abarcar a tragédia do Estado, que pôs fim ao mito fundador da Teoria Constitucional: o princípio da limitação do poder político através do direito.

A Teoria Constitucional costuma ser dividida em duas matrizes distintas: a Teoria Constitucional Formal e a Teoria Constitucional Material. Trata-se de uma divisão de caráter metodológico, que encerra, entretanto, um componente valorativo muito forte, qual seja, a definição do papel que cabe a uma Constituição. A primeira concepção teórica (a concepção formal) encontra-se fortemente ligada ao Estado Liberal e vê, na Lei Fundamental, antes de tudo, uma técnica de limitação do poder político e, por conseguinte, um instrumento de garantia jurídica da liberdade. Em oposição a essa postura, surge a Teoria Material da Constituição, que tem por objetivo servir de instrumento regulador e concretizador do Welfare State e dos direitos sociais. A Teoria Material pretende, pois, corrigir as pretensas desigualdades provocadas pelo liberalismo econômico, promovendo uma igualdade que deveria ir além da igualdade formal.

Não se pode afirmar, contudo, que o modelo de Constituição Material tenha suplantado o modelo da Constituição Garantia ou vice-versa. O que se constata, antes de tudo, é a coexistência de ambos os modelos, que possuem, inclusive, algumas preocupações semelhantes, como, por exemplo, a interpretação constitucional, a constituição como processo, o controle de constitucionalidade e os direitos fundamentais. Tais modelos oferecem, entretanto, um alcance e um significado bastante distinto a essas demandas, mostrando-se, muitas vezes, contraditórios e excludentes entre si. Eis por que o cotejo entre os dois modelos nem sempre permite o raciocínio amplo exigido pela complexidade de seu objeto.

Por outro lado, se ambos os modelos que sustentam o discurso constitucional se distanciam epistemologicamente, há algo que os une: a crise de racionalidade e os movimentos contestatórios que perpassam a Teoria Constitucional enquanto estatuto jurídico de um Estado soberano. De fato, as duas perspectivas se vêem, na atualidade, em colapso. O modelo da Constituição-garantia, porque calcado numa concepção de sociedade que não mais existe e, ainda, porque tem desprezado, paulatinamente, as exigências de uma sociedade carente de políticas distributivas e justiça social, mostra-se

insuficiente enquanto ordem normativa. Já o modelo material viu-se abalado pela crise do Estado Social e da Constituição dirigente, bem como pelo forte (re)nascimento de movimentos libertários. Ambos os modelos, contudo, estão sendo revistos à luz dos fenômenos globalizantes e, principalmente, em face do advento do direito supranacional.

A Teoria Constitucional encontra-se, portanto, numa encruzilhada política e num momento de esgotamento teórico ocasionado pela falência dos pressupostos que a constituíram e, principalmente, pelo fato de jamais ter conseguido cumprir seus compromissos democráticos. Busca-se, assim, apresentar uma opção original de aproximação e superação dos modelos existentes. Sem romper com o liberalismo, deseja-se, no entanto, que essa opção represente uma possibilidade mais aberta, permeável à necessária atualização, de modo a atender as demandas atuais e possibilitar o resgate da 'vontade da Constituição'.

A partir daqui, pode-se identificar a premissa inicial deste trabalho. Trata-se de perceber que a prática constitucional é notoriamente marcada pela ineficiência/deficiência em torno da aplicação da Constituição. Essa carência é, antes de mais nada, uma carência da teoria que sustenta a prática. Assim, mesmo que não se desconheça a dimensão essencialmente pragmática de alguns dilemas que o constitucionalismo atravessa, não se pode deixar de reconhecer que o caminho para solucionar a maioria desses impasses passa por uma elaboração mais sistemática, de cunho interdisciplinar.

Em face, pois, das necessidades apontadas, vai-se buscar a filosofia política e moral de John RAWLS. Há que se esclarecer, inicialmente, que não se trata, porém, de conceber a teoria da justiça de John RAWLS como a panacéia para todas as controvérsias seculares que enfrenta a Teoria Constitucional. O que se busca é apenas apresentá-lo como autor de 'uma teoria da Constituição', capaz de auxiliar o debate a partir das categorias justiça, liberdade e democracia.

Movido pela crença apaixonada de que a justiça pode ser um ideal realizável e, como tal, pode servir à organização e avaliação das principais

instituições políticas e sociais. John RAWLS aparece, atualmente, como um autor apto a trazer relevantes contribuições à discussão constitucional contemporânea. Um breve exame de suas obras permitirá constatar-se a veracidade dessa afirmação.

Em sua primeira obra, John RAWLS se propõe, como tarefa central, dizer em que condições se constitui uma sociedade justa. A partir daí, passa a se preocupar com o que seria (e como deveria ser efetuada) uma justa distribuição dos bens sociais primários entre os cidadãos. E, segundo ele, para uma justa distribuição desses bens, faz-se necessária uma reorganização das instituições políticas, econômicas e sociais mais importantes. Para isso, seria necessária uma concepção de justiça amplamente aceita, que, escolhida em circunstâncias de imparcialidade, obteria a livre adesão de todos por ser a concepção que melhor resolveria os problemas de distribuição de bens e direitos na sociedade. Essa concepção de justiça representa, acima de tudo, para o professor americano, um padrão para avaliar as principais instituições políticas, sociais e econômicas. E entre essas instituições, encontram-se a Constituição e os principais arranjos econômicos –ou a estrutura básica da sociedade. Essa estrutura básica, aliás, é o objeto da reflexão sobre justiça, proposta por John RAWLS. No tocante à Constituição, *o essencial é que ela estabeleça direitos eqüitativos de participação nos negócios públicos e que sejam tomadas medidas para assegurar o valor eqüitativo dessas liberdades* (RAWLS, 1997: 249). Isso significa que a Constituição se encontra no cerne da justiça como eqüidade, como denomina, John RAWLS, o seu *constructo*. A partir da Constituição se organiza o sistema de distribuição das liberdades, liberdades essas que não podem ser efetivamente asseguradas senão em um regime democrático.

Na sua segunda obra, *Liberalismo Político*, o autor se propõe a superar alguns dos problemas constatados na discussão pública de *Uma Teoria da Justiça*. Contudo, não se afasta –e até, pelo contrário, se aproxima muito mais– do anseio pela concretização da democracia constitucional, pois a situa em bases bem mais realistas. Trata-se, agora, de encontrar os ‘termos’ que

permitam a estabilidade em uma sociedade profundamente dividida por doutrinas incompatíveis. O autor parte, então, para a tentativa da construção de um sistema teórico capaz de oferecer formas institucionais a partir das quais seja possível atingir os objetivos propostos. É nesse momento que o autor propõe o reconhecimento de uma *concepção política de justiça*. Esse ponto de convergência seria *overlapping consensus*, ou seja, um acordo mínimo de valores democráticos que as doutrinas abrangentes –cosmovisões de mundo– estariam dispostas a aceitar. Essa compatibilidade mínima de valores entre as variadas formas de vida (doutrinas filosóficas, morais e políticas) ainda que mínima, é condição *necessária para garantir a estabilidade e a permanência de um regime constitucional*. Essa virada teórica proporcionada pela obra de RAWLS –que é vista como um deslocamento da Filosofia Moral para a Filosofia Política– apesar de todas as pesadas críticas que recebeu, dá uma dimensão mais pragmática à mesma e, paradoxalmente, auxilia a aproximá-la da Teoria Constitucional.

Neste trabalho, a possibilidade de convergência entre as duas linhas de pesquisa se estabelece a partir de três elementos. Primeiro, tem-se uma aproximação conceitual: a existência de um arcabouço teórico comum entre os fundamentos da Teoria Constitucional e os pressupostos epistemológicos da teoria de John RAWLS. Logo após, aparecem objetivos e finalidade comuns: a centralidade da Constituição, a preocupação com a limitação do poder político e com os direitos fundamentais e, acima de tudo, a busca constante pela construção de uma democracia constitucional. E, finalmente, há o caráter liberal de ambas as teorias, o que irá permitir uma continuidade do discurso liberal e, ao mesmo tempo, a sua renovação devido às características singulares da justiça como equidade.

Constatada a possibilidade de aproximação, é preciso demonstrar o modo pelo qual se levará a termo esta pesquisa. Para isso, inicialmente, tomar-se-á como referência o âmbito material da Teoria Constitucional e a idéia de processualidade da Constituição. Avaliar-se-á a sua presença (ou não) na idéia de justiça como equidade, tanto a partir das definições textuais

oferecidas pelo autor como quando, diante da presença de algumas lacunas, da reconstrução analítica de seus elementos. Então, por via reflexiva, tratar-se-á de suprir os vácuos e assim poder indicar a presença de uma Teoria da Constituição em RAWLS. Se constatado que, em todos, em vários ou mesmo em alguns dos elementos que caracterizam o referido âmbito de validade da Teoria Constitucional, encontra-se *justiça como equidade*,<sup>3</sup> poderá ser esta configurada como uma Teoria da Constituição.

O que se buscará, então, nesse momento, será levar o autor a explicitar o não dito, para determinar o que seria a *Teoria Rawlsiana da Constituição*. Logo após esse momento de aproximação conceitual, buscar-se-á localizar epistemologicamente a Teoria Constitucional rawlsiana na Teoria Constitucional propriamente dita, considerando-se as duas matrizes teóricas que a sustentam. No momento derradeiro, apontar-se-á, então, para algumas possíveis contribuições que a obra do professor pode oferecer para a crise de racionalidade e, principalmente, para a efetivação de uma cultura constitucional democrática.

Fornecidos os subsídios que demonstram a atualidade do tema proposto, a originalidade da pesquisa e a possibilidade de fazer confluir as duas linhas de pesquisa; esclarecido o objeto e os objetivos; apresentadas, enfim, as hipóteses a ser confirmadas, passar-se-á à discussão de como serão apresentados os resultados desta tese. Inicialmente, identificar-se-ão os recortes e as delimitações teóricas necessárias, acrescidas de suas justificativas. Em face do entrelaçamento, já comprovado, da Teoria Constitucional e da obra do professor americano, tornar-se-á obrigatório delimitar o marco teórico que constitui o *background* desta tese. E, desde já, pode-se enunciar que sua base teórica será dada pelo pensamento e pela Teoria Constitucional, porquanto é o desejo de (re)pensá-la que sustenta o estudo da obra de John RAWLS. De fato, será através dos conceitos e definições advindos do constitucionalismo que será desvendada a Teoria Rawlsiana da Constituição.

---

<sup>3</sup> Denominação que John RAWLS dá a sua teoria.

Assim, como esta pretende ser uma tese de Teoria Constitucional, deverá buscar, em primeiro lugar, o estabelecimento das raízes informativas e formativas do pensamento constitucional. Isso remeterá este trabalho à análise de três momentos distintos do processo histórico-teórico da formação do constitucionalismo. No primeiro momento, serão analisados os seguintes aspectos: a organização do poder através da constitucionalização das regras de convivência social, idealizada na Grécia Antiga, no Império Romano e na Idade Média, o que remeterá à análise específica das obras *Política* de ARISTÓTELES, *República* e *Das Leis* de CÍCERO, assim como exigirá o exame da conformação do Estado público e das normas constitucionais vinculadas a direitos no medievo Inglês. No segundo momento, serão vistos os fundamentos propriamente modernos do pensamento constitucional, encontrados no processo de juridicização da idéia de justiça, presente na obra de Thomas HOBBS, no século XVII, como na formação liberal do contrato social para alicerçar sociabilidade constitucional, idéias encontradas inicialmente em John LOCKE e Jean-Jacques ROUSSEAU. Será examinada também a influência da conformação estrutural do Estado iluminista presente na obra de MONTESQUIEU; além disso, serão expostas as idéias de iluminismo e entendimento como elementos necessários à constituição de uma razão pública propriamente dita, na obra de Immanuel KANT. Finalmente, procurar-se-á demonstrar o aparecimento da idéia de poder constituinte e poder constituído como cerne da Constituição liberal, através dos trabalhos do abade SIEYÈS. Eis aí o que se pretende abordar no Capítulo I.

Num momento posterior, procurar-se-á definir a Teoria Constitucional propriamente dita, através das matrizes epistemológicas que a sustentam, porém identificadas a partir dos principais autores que se dedicaram à construção de seu objeto. Haverá, assim, especial consideração aos trabalhos dos juristas Georg JELLINEK, Hans KELSEN, Carl SCHMITT, Hermann HELLER e Rudolf SMEND. Esses estudiosos, preocupados com os limites teóricos da tradicional Teoria Geral do Estado,

incapaz de implementar a Constituição de Weimar, propuseram as bases para a delimitação conceitual desse campo do conhecimento, identificado *a posteriori* como Teoria Constitucional. Logo após, analisar-se-á o que será denominado, nesta tese, de 'herança do constitucionalismo de Weimar', através dos juristas Konrad HESSE, Frederich MÜLLER e Peter HÄBERLE. Trata-se de autores que, em seus trabalhos, apresentam inúmeras questões para debate. Neste trabalho, porém, serão privilegiadas apenas as preocupações com a interpretação constitucional. No momento derradeiro desse que será o Capítulo II, será abordada a crise de racionalidade que perpassa a Teoria da Constituição. Trata-se de uma crise que decorre do que se chama de jurisprudencialização e administrativização da Constituição e que tem o seu elemento fulcral nos limites da interpretação constitucional.

O Capítulo III encarregar-se-á, precipuamente, de familiarizar o leitor com a obra de John RAWLS. Nesse desiderato, buscar-se-á, num primeiro momento, efetuar uma apresentação global de sua primeira obra – *Uma Teoria da Justiça* (1971 (1997)). Ademais, para obter-se dela um panorama mais amplo, serão enfocadas as principais interpretações que ela própria (a obra) levanta. O momento seguinte é dedicado às críticas, que, aliás, não foram poucas e, muito menos, leves. Será necessário, portanto, limitar-se àquelas que marcam profundamente o autor e o levam a (re)pensar seu trabalho. E, embora não se desconheça o significativo papel que todas as críticas tiveram para John RAWLS, somente recortando-as em razão da própria obra do autor será possível organizá-las. Neste Capítulo III, ainda se analisará a segunda obra do professor – *Liberalismo Político* (1993 (1996)). Há, entre as duas obras, uma infinidade de artigos publicados pelo filósofo, os quais, na sua maioria, foram reunidos nesse segundo trabalho. De qualquer sorte, é nas suas obras capitais que se centra esta pesquisa. Quando utilizado algum artigo esparso de John RAWLS, será indicada a sua presença. Finalmente, da mesma forma como se procederá na *Uma Teoria da*

*Justiça*, serão discutidas as principais polêmicas e críticas que a filosofia política rawlsiana gerou.

Insira-se aqui um importante esclarecimento. Como foi dito, a obra de John RAWLS tem despertado o interesse de inúmeros pesquisadores. Não seria possível, portanto, abranger todas (pois são infindáveis) as publicações sobre o autor. O que se verificará, pelas óbvias limitações de abrangência desta pesquisa, serão apenas os trabalhos dos principais intérpretes, dos interlocutores mais qualificados.

No Capítulo IV (e último), o objetivo central será formular a *Teoria Rawlsiana da Constituição*. Para tal, dividir-se-á esse Capítulo em três momentos, sendo o primeiro o mais importante, já que ali terá início a aproximação entre a Teoria Constitucional e a obra do professor. O procedimento imaginado é bastante simples e consistirá, como já foi dito, na simples ‘aproximação’ das categorias que compõem o âmbito de validade da Teoria Constitucional à teoria rawlsiana da *justiça como equidade*. O que se pretende é verificar em que medida, por exemplo, o autor possui uma teoria do poder constituinte –ou até mesmo uma teoria do controle ou da interpretação constitucional. As suas possíveis filiações epistemológicas serão consideradas no segundo momento do Capítulo IV. Não será possível afirmar quais as ligações de uma Teoria da Constituição em RAWLS –se com a Teoria Formal da Constituição ou a Teoria Material da Constituição–, mas sabe-se que elas são passíveis de ser apontadas e devem elucidar algumas questões metodológicas a partir do estudo de *Uma Teoria da Justiça* e, principalmente, do *Liberalismo Político*. Finalmente, apontar-se-á em que medida John RAWLS pode contribuir para a elucidação (seria pretensioso demais falar-se em superação) da crise de racionalidade que ameaça destruir a Teoria Constitucional.

\* \* \*

Utilizar-se-á, no presente trabalho, o método dedutivo. A técnica de pesquisa é exclusivamente bibliográfica. As citações e notas de rodapé serão efetuadas a partir do sistema autor/data. Para a apresentação, análise e compreensão

da obra de John RAWLS. serão utilizadas as seguintes obras: *Uma Teoria da Justiça* (1997), *Political Liberalism* (1996), *Liberalismo Político* (1993) e *Liberalismo Político* (2000), bem como as coletâneas *Collected Papers* (1999) e *Justiça e Democracia* (2000). De ora em diante, John RAWLS será denominado unicamente de RAWLS.

# CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: AS BASES DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL

## 1.1 CONSTITUCIONALISMO AVANT-LA-LETTRE: PRIMEIRAS NOTAS DA FORMAÇÃO DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL

Para compreender a forma a partir da qual se estrutura o âmbito específico do saber jurídico que, no início do século XX, passou a chamar-se de Teoria Constitucional,<sup>1</sup> é preciso recorrer às suas origens históricas buscando, por um lado, identificar alguns de seus pressupostos constitutivos e, por outro, criar melhores condições para a apreensão deste fenômeno que, de forma geral e imprecisa, pode-se dizer que tem na Constituição e em suas relações com o Estado, a política e a democracia, seu objeto mais significativo.<sup>2</sup> Para atingir o objetivo proposto, é preciso levantar algumas notas a respeito do que se conhece atualmente como pensamento constitucional, ou seja, a instância teórica e histórica anterior à Teoria da Constituição propriamente dita, mas considerada central para a sua compreensão.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> De forma provisória e inicial, pode-se definir a Teoria da Constituição como o âmbito do saber jurídico-constitucional que se dedica a traçar linhas gerais atinentes ao fenômeno constitucional, sem guardar uma conexão com o direito constitucional positivo de um determinado Estado. Dessa forma, a Teoria Constitucional quer constituir-se numa instância reflexiva e crítica sobre os problemas que envolvem seu objeto, considerado este numa perspectiva cultural que ultrapassa os limites do positivismo.

<sup>2</sup> Esses seriam os elementos que constituiriam, num primeiro momento, as preocupações da Teoria da Constituição. Evidentemente elas não se esgotam aqui. Fez-se referência a essas questões, porque, apesar de não serem as únicas, certamente são as mais importantes, ao lado da idéia de Estado Constitucional.

<sup>3</sup> Pretende-se deixar evidente, no decorrer do presente capítulo, que, embora a Teoria da Constituição propriamente dita seja uma disciplina bastante recente, a tentativa de delimitação conceitual em torno dessas questões não o é. A discussão que envolve o papel da Constituição e suas relações com o Estado e a política é uma polêmica que remonta à Antiguidade, atravessa sem interrupções a Idade Média e alcança o Estado Moderno. Embora neste trabalho se tenha optado

Com efeito, a idéia de pensamento constitucional quer significar todo aquele pensamento referente à Constituição, envolvendo, porém, um espectro de questões muito mais amplo que a Teoria da Constituição e sem apresentar, ainda, a necessária sistematização que requer o atendimento a seu conceito. Releve-se que

o pensamento constitucional, mirado sob o prisma de sua formação histórica, é como que um patrimônio de problemas e de idéias que, vem sendo integrado no Ocidente (e no mundo ocidentalizado) a partir de certa época, representando uma série de seqüenciado e intenso debate, às vezes agitado e disforme, mas compreensível no seu todo em função de suas conexões históricas (SALDANHA, 2000: 03).

De fato, a ausência de sistematização nos trabalhos a respeito de Constituição e, mais precisamente ainda, as profundas diferenças significativas que separam a concepção atual de Constituição daquela que se concebia na origem do pensamento constitucional são um impedimento para considerar as referidas enunciações históricas como Teoria Constitucional. Não se pode, entretanto, menosprezar seu potencial didático e esclarecedor.

Para levar a termo tal objetivo, este trabalho irá efetuar, num primeiro momento, uma reconstituição de algumas categorias de ARISTÓTELES e CÍCERO, pois ambos e, com certeza, muito mais freqüentemente o primeiro, são considerados os precursores das reflexões em torno da Constituição. Não se deve esperar, contudo, neste período preliminar, qualquer referência semelhante à experiência constitucional dos modernos, muito embora possa afirmar-se que é CÍCERO o primeiro a pôr as bases do constitucionalismo moderno. Sabe-se que,

---

por denominar este momento de pensamento constitucional, vale lembrar que outras denominações foram propostas. CANOTILHO, por exemplo, propôs denominá-lo como filosofia constitucional, por identificar-se claramente com a filosofia política. Na opinião desse autor, a filosofia constitucional foi inicialmente desenvolvida por *homens como LOCKE, ROUSSEAU, MONSTESQUIEU e TOCQUEVILLE*, (a partir da análise das) *formas jurídicas do político, procurando articular um conjunto de conhecimentos temáticos, experiências práticas e idéias normativas sobre o modo de ordenar jurídico-constitucionalmente a polis.* (CANOTILHO, 1998: 1189) Em outras palavras, cabe dizer que a filosofia constitucional é o germe histórico da Teoria da Constituição, o que torna indispensável proceder a uma revisão teórica para melhor compreendê-la. Neste trabalho optou-se, entretanto, por chamar de pensamento constitucional esse momento pré-científico da Teoria Constitucional, pois irão se nomear de filosofia constitucional as reflexões de RAWLS em torno da Constituição.

diversamente dos gregos, que conceberam a *politéia* como sendo a estrutura da cidade-estado, os romanos tomaram a *constitutio* como uma forma de regulamentar o poder político, delimitar direitos e a ligaram, ainda, à idéia de normas públicas advindas do poder exclusivo do Imperador.

Também na origem –porém não tão remoto quanto as fontes antigas– tem-se o legado da Idade Média. Trata-se, sem dúvida, de uma das heranças mais importantes e decisivas para a formação do constitucionalismo moderno. Para examinar-se o legado medieval, é preciso percorrer, ainda que seletivamente,<sup>4</sup> algumas experiências daquela época que se assemelham bastante àquele movimento político que somente no século XVII o liberalismo revolucionário irá considerar como Constituição e constitucionalismo.

#### 1.1.1 Aristóteles: Constituição, organização do poder e controle de constitucionalidade na Grécia Antiga

Tradicionalmente apontado como o precursor do direito constitucional comparado, devido ao trabalho de compilação e análise das Constituições antigas que organizou,<sup>5</sup> ARISTÓTELES (1998) pode também ser considerado o fundador da Teoria Constitucional. Isso porque, analisando todos os conhecimentos expressos no estudo das Constituições antigas, produziu, também, algumas generalizações fundamentais para a compreensão do que hodiernamente se entende por Teoria da Constituição. Já nesses apontamentos, pode ser encontrado

---

<sup>4</sup> Na sua obra, SALDANHA (2000) ressalta com muita precisão um postulado que neste trabalho se subscreve: trata-se de perceber que todo trabalho que se pretenda com algum cunho histórico somente pode ser efetuado a partir da idéia de seletividade, ou seja, de que qualquer recorte histórico que se realize é sempre um recorte seletivo que, na realidade, tende a atender os interesses da pesquisa no seu sentido global.

<sup>5</sup> A compilação das Constituições antigas foi um trabalho realizado pelos discípulos de ARISTÓTELES, e não por ele mesmo. É uma vasta reunião de Constituições antigas, que incluía a análise, em ordem alfabética, de 158 Constituições de Estados simples ou das confederações. Apenas os comentários são efetivamente do filósofo grego.

o conceito de Constituição como forma de organização jurídica do político, a idéia de uma Constituição como momento fundante da organização política, como também o elemento precursor do que atualmente se conhece como controle de constitucionalidade; além disso, pode-se encontrar uma relação indireta entre a *politéia* e a limitação do poder na Grécia Antiga.<sup>6</sup>

As contribuições de ARISTÓTELES (1998: 41) para a Teoria da Constituição começam a aparecer quando afirma que a idéia de Constituição não pode ser dissociada do conceito de Estado,<sup>7</sup> já que,

para conhecer a Constituição dos Estados e suas espécies, é preciso, em primeiro lugar, saber o que é um Estado, pois nem sempre se está de acordo quanto a imputar fatos ao Estado ou aos que governam, quer como chefes únicos, quer num grupo menos numeroso do que o resto da Cidade.

Nesse sentido, o Estado surge da inclinação natural do homem para viver em sociedade, visando não somente à mútua conservação, mas também ao bem-estar de todos os que o compõem, pois este é o motivo da existência de uma verdadeira Cidade. Com efeito, seu conceito de Estado –para além do elemento humano– também encerra um componente teleológico muito forte, já que a idéia de totalidade numérica não esgota a definição de *Polis*. O fundamental à Cidade é o seu *telos*, que o autor considera a felicidade pública e o bem-viver.<sup>8</sup> Para atingi-lo, uma verdadeira Cidade deve estruturar a virtude, inerente à justiça, razão pela qual é preciso encontrar a melhor forma –ou a mais justa– de organização da Polis. Tal tarefa compete aos cidadãos, ou seja, cabe-lhes trabalhar para o Estado, buscando o que convém à Cidade, uma vez que, para o autor, um Estado somente

<sup>6</sup> Estas categorias são apontadas como aquelas que os trabalhos de ARISTÓTELES apresentaram pela primeira vez e, atualmente, constituem o âmbito material da Constituição. O âmbito material da Teoria Constitucional é aquele conjunto de preocupações a que normalmente os autores fazem referência quando tratam do assunto. Pode-se dizer que se constituem nas principais preocupações em torno das matérias que constituem o tema.

<sup>7</sup> Neste momento é fundamental que se esclareça que o conceito de Constituição para ARISTÓTELES é um conceito global, no qual ele identifica a organização política do Estado com a própria Constituição. Assim sendo, há que se considerar o que, para o autor grego, é a *Polis*, para logo após verificarmos em que consiste a *Politéia*.

<sup>8</sup> Essa concepção é o resultado de uma idéia que vigorava entre os gregos de que o homem tão-somente poderia alcançar seu desenvolvimento pleno –a felicidade e o bem-viver– dentro do

atingirá seu fim se cada cidadão assim o fizer,<sup>9</sup> pois, *sendo o fim o mesmo tanto para a vida pública quanto para a vida privada, a perfeição dos Estados não pode definir-se de modo diferente da dos particulares* (ARISTÓTELES, 1998: 68).

Para a organização e o funcionamento da *Polis*, portanto, é fundamental iniciar pela especificação daqueles que compõem efetivamente o Estado (os cidadãos) e como dele podem participar, para a consecução do bem comum. O autor define essencialmente um cidadão através de sua participação no poder público; sua qualidade verdadeiramente característica é o direito de votar nas assembleias e de participação do poder público em sua pátria. (ARISTÓTELES, 1998: 42) Os cidadãos são, pois, homens livres e iguais entre si, já que todos participam do poder em regime de igualdade, alternando a possibilidade de governar e ser governado e conseguindo, dessa forma, a realização da liberdade. Percebe-se, assim, que o critério para definir a cidadania é aqui fundamentalmente político, pois, embora acredite que a renda ou a riqueza são o melhor meio para determinar quem deve participar do governo ou mesmo da política, ARISTÓTELES admite claramente que o estatuto de cidadão varia de acordo com o tipo de governo. Assim, o que define quem são os cidadãos é a forma de

---

Estado, como centro a partir do qual se organizava a totalidade da vida em sociedade na Grécia Antiga.

<sup>9</sup> Para os gregos existia uma grande analogia entre a organização da *Polis* e o funcionamento individual do corpo humano. Esse organicismo vincula moralmente o cidadão ao destino político de sua *Polis*, o que traz como conseqüência a necessidade de obediência aos desígnios do soberano. Assim sendo, é impossível desvincular a felicidade individual da felicidade da *Polis*. Nesta questão, os autores antigos diferenciam-se dos autores modernos: a indissociabilidade da vida privada e da vida pública é justamente o que vai marcar uma das diferenças essenciais entre o constitucionalismo antigo e o moderno. Essa diferença é apenas um reflexo de uma concepção mais geral, na qual não se distingue sociedade e Estado, público e privado. Tal diferenciação vai atingir, inclusive, aquilo que os gregos consideram como direitos individuais, que não são reconhecidos como tais pelos modernos, que vão considerá-los como atinentes à esfera individual e, portanto, inalienáveis e intransferíveis (McILWAIN, 1991: 46/56). Ainda sobre esta problemática, LUCAS VERDÚ (1994: 13) esclarece que para ARISTÓTELES a *Polis no es un producto artificialo, porque tiene raíces en la naturaleza humana (el hombre como animal político), que despliega todas sus posibilidades en la polis. Por tanto, su institución supone el logro de telos propio del hombre*.

governo que corresponde à organização política da Polis. O governo é o elemento mais importante do Estado e corresponde ao exercício do poder mais elevado.<sup>10</sup>

Quanto às formas de governo, aponta o autor três espécies distintas, classificadas a partir do critério quantitativo de participação no poder. Essas formas de governo são amplamente conhecidas –monarquia, aristocracia e república– que podem degenerar em tiranía, oligarquia e democracia, quando deixam de vislumbrar o bem comum para dedicar-se ao fim individual de quem exerce o poder político. Cada espécie de governo remete, assim, a uma relação diferente com os outros cidadãos ou súditos, relação essa que determinará a distribuição das magistraturas, dos cargos e da maneira como se procederão as deliberações. Note-se que essa organização que diferencia os Estados entre si é a própria essência da *Polis*, na concepção de ARISTÓTELES.

O que o autor considera o fundamento da Cidade é o agrupamento natural, visando a uma finalidade comum, cuja caracterização nuclear (que irá diferenciar uma Cidade da outra) é a organização das autoridades supremas, ou seja, a forma pela qual se organiza o exercício do governo. Tanto o governo, como expressão política, é resultado natural da Cidade, que, mesmo que os homens permaneçam os mesmos, variando apenas a organização do governo, muda o Estado; e, inversamente, mesmo que mudem os homens, permanecendo a forma de organização do Estado, este permanecerá o mesmo.

Especificando o processo de organização formal do poder político, ARISTÓTELES (1998: 127) sustenta a idéia de que em cada governo devem existir três poderes,

cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado; o segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de fazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

<sup>10</sup> Além do fim comum de bem viver e dos cidadãos, ARISTÓTELES aponta para alguns outros elementos necessários à existência da Cidade. São eles os viveres; as artes e ofícios; as armas; a receita financeira e os ministros.

Neste sentido, cabe à Constituição, à época chamada *Politéia*.<sup>11</sup> a organização do poder político, posto que esta *é a ordem ou distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil* (ARISTÓTELES, 1998: 149). A *politéia* é, assim, a própria essência da Polis, sua expressão natural, que, ao determinar a forma de organização política do Estado, acaba sendo o seu próprio reflexo,<sup>12</sup> expressando unicamente a forma essencial da Cidade, pois que constituída conforme a lei natural.<sup>13</sup> Por ser a Cidade uma expressão da lei natural, encerra a *idéia de uma oposição entre politéia e tirania: a politéia existe sempre como um equilíbrio, podendo apresentar-se como monarquia, aristocracia ou democracia. A politéia, como ordenação, limita o poder e previne o arbítrio* (SALDANHA, 2000: 112). Pode-se, portanto, afirmar que, mesmo que a noção de limitação do poder político não fosse uma categoria cara aos gregos, a *politéia* representou um sistema de controle do poder que, se não se assemelhava ao sentido moderno, pelo menos a ligava à idéia de uma estrutura pré-existente que devia ser mantida, porque natural e, conseqüentemente, justa para o bem-viver.

Se considerada como a organização da estrutura da *polis*, a Constituição deveria, então, especificar alguns elementos considerados essenciais. Esses elementos são apontados pelo próprio ARISTÓTELES (1998: 105): *1º de quem e de que espécie de pessoas um Estado deve ser composto; 2º como deve ser governado para ser feliz e florescente*. Considera o autor que uma Constituição somente será perfeita se adaptada ao seu povo. Isso implica o fato de que cada legislador que se proponha a escrever uma Constituição para seu Estado deva

<sup>11</sup> Segundo McILWAIN(1991: 45), *Politéia es un término que comprende todas las innumerables características que determinan la naturaleza peculiar de un Estado, incluyendo el conjunto de su estructura económica y social, así como lo referente a las cuestiones de su gobierno, en el sentido moderno más estricto en que hoy las entendemos*.

<sup>12</sup> Como nos diz o jurista espanhol LUCAS VERDÚ (1994: 17), *la Constitución, para el filósofo es la forma sustancial de la cosa pública, es el sentido del Estado. De este modo se confirma el suelo ontológico de la teoría constitucional del Estagirita*.

<sup>13</sup> Ainda segundo LUCAS VERDÚ (1994: 16), a *Constituição para ARISTÓTELES: es una ordenación de las diversas magistraturas de la ciudad y especialmente de la que tenga el poder supremo. Y en todas partes es supremo el gobierno de la ciudad, y ese gobierno es la politeia. Es*

conhecer a melhor forma de governo para aquele determinado Estado específico, bem como toda e qualquer opinião emitida sobre aquela Constituição.<sup>14</sup>

Outra questão relevante diz respeito à distinção entre as leis e a Constituição. As leis não são a mesma coisa que os artigos fundamentais da Constituição; elas servem apenas de regra para os magistrados no exercício do governo, e também para conter os refratários. Daí se segue que as mesmas leis não podem convir a todas as oligarquias, nem a todas as democracias. Portanto, se esses governos são de várias espécies, é essencial conhecer suas diferenças, para com elas combinar a legislação (ARISTÓTELES, 1998: 149). As leis devem estar perfeitamente adequadas à Constituição,<sup>15</sup> pois é preciso que tomem o caráter da Constituição, sejam boas ou más, justas ou injustas como ela e sejam adaptadas ao Estado para o qual foram feitas. Assim, se a forma de governo for boa, elas serão justas; se for depravada, serão injustas, como uma consequência necessária (ARISTÓTELES, 1998: 175). Deve-se ressaltar essa passagem, porque foi uma contribuição tão importante que será lembrada e assumida tanto por SIEYÈS como por KELSEN.<sup>16</sup>

Cabe, ainda, à Constituição o cuidado com outros dois elementos: o território e o tecido econômico. No que diz respeito ao território, diz ARISTÓTELES (1998: 88) que é necessário prestar atenção ao seu tamanho, pois é melhor governar um Estado cuja medida é, *sem dúvida, a que satisfaz mais do que suficientemente às suas necessidades, consistindo a suficiência em tirar do solo todo o necessário e não haver falta de nada*. Quanto ao tecido econômico, ele é a base de sustentação da Cidade:

---

*una organización de las magistraturas en las ciudades, cómo están distribuidas, cuál es el órgano superior de la politeia y cuál es el fin de cada comunidad.*

<sup>14</sup> Para ARISTÓTELES, a Constituição tem também a função de manter a organização social contra os atos rebeldes, pois estes levariam ao desaparecimento da *Polis*. Assim, para prevenir tal desaparecimento, deve-se assegurar a afetividade dos mandamentos constitucionais, e isso somente pode ser possível pela recepção dos costumes de cada Estado, em sua Constituição.

<sup>15</sup> Alguns autores costumam apontar essas considerações de ARISTÓTELES como o cerne do controle de constitucionalidade. A necessária equivalência entre a Constituição e as leis teria sido uma das fontes de inspiração de Hans KELSEN, grande admirador de ARISTÓTELES.

<sup>16</sup> Com efeito, essas formulações de ARISTÓTELES serão apropriadas pelos autores supracitados para afirmar a superioridade da Constituição. É também a partir dessa formulação aristotélica que aqueles irão pensar em um sistema que garanta a superioridade da Lei fundamental: o francês irá recorrer à idéia de poder constituinte derivado e o austríaco à corte constitucional.

é bom que os que governam os Estados conheçam esse recurso, pois é preciso dinheiro para as despesas públicas e para as despesas domésticas, e o Estado está menos do que ninguém em condições de dispensá-lo. Assim, (na Constituição) o capítulo das finanças é quase o único a que alguns prestam atenção (ARISTÓTELES, 1998: 31).

Com já foi dito anteriormente, este item não tem a finalidade de esgotar a obra do autor grego. Longe disso, o único objetivo deste item é demonstrar que estão presentes em ARISTÓTELES alguns elementos essenciais à idéia de Constituição moderna: a Constituição como a regulação jurídica de uma sociedade política; a Constituição como forma de organização do exercício do poder político e, ainda, a Constituição enquanto regra soberana da qual todas as outras vão derivar e à qual devem estar adaptadas.<sup>17</sup> É possível afirmar, portanto, que ARISTÓTELES, apesar da distância conceitual com a qual concebeu a Constituição em relação ao que se percebe atualmente, acaba por indicar caminhos que se tornaram atemporais, universais, e não contingenciais no que respeita à formação da Constituição. Ou seja, os primados por ele propostos são de tal importância que atingiram a modernidade e continuam presentes em toda a trajetória da Teoria da Constituição.

### 1.1.2 Cícero e as bases fundacionais do constitucionalismo moderno

O legado constitucional deixado pelos gregos não vai encontrar eco nos trabalhos dos juristas romanos, pois, ainda que, na Roma antiga, a Constituição representasse a forma de organização jurídica da República, ela desvincula-se da idéia de justiça, transformando-se numa organização racional do político.<sup>18</sup> Esse

---

<sup>17</sup> Segundo McILWAIN (1991: 55), para uma total identificação entre a Constituição dos antigos e a Constituição dos modernos faltam alguns elementos, tais como a idéia de soberania, a idéia de sanção, pois a idéia de Estado era uma idéia política, e não uma idéia jurídica. *Los antiguos teóricos de interessaban ante todo por el estudio ético-político de las relaciones entre el Estado y otras formas de asociación humana, pero no por la soberanía que ocupa un lugar tan importante em todas las discusiones modernas de las relaciones políticas.*

<sup>18</sup> A principal diferença entre a concepção grega de Constituição e a concepção romana pode ser colocada da seguinte forma: para os gregos a Constituição é o resultado natural da organização

deslocamento, entretanto, acabou por tornar a tradição jurídica romana a maior fonte antiga dos constitucionalismos medieval e moderno.

Para compreender como foi possível aos romanos atingirem uma influência tão profunda, é preciso vislumbrar, ainda que rapidamente, a origem do direito na Roma Antiga.<sup>19</sup> De forma abreviada, pode-se situar essa origem no chamado direito primitivo, que corresponde às práticas jurídicas de caráter essencialmente costumeiro. Tais práticas, na maioria dos casos, se confundiam com a religião. A vigência desse direito primitivo vai desde os primados de sua criação até, aproximadamente, o século II a.C.

Somente no começo da República, por volta do século IV a.C., aparece uma obra legislativa chamada de Leis das XII Tábuas,<sup>20</sup> *que, sob a aparência de vários princípios epigráficos, regulava múltiplas relações pertencentes aos mais diversos campos do direito* (ARANGIO-RUIZ, 1980: 67).<sup>21</sup> O principal feito desta obra legislativa foi deflagrar um processo constante de codificação que acabou por ocasionar a desconstituição da primazia dos costumes como forma de solução dos conflitos,<sup>22</sup> para dar lugar à idéia de um sistema jurídico escrito e

---

social, para os romanos a Constituição é posterior a esta organização e tem um objetivo racional, qual seja a perpetuação do Estado.

<sup>19</sup> Como se verá mais adiante, somente depois que surge a idéia de uma lei superior e anterior, da qual resultam os Estados particulares é que se torna possível a substituição do constitucionalismo antigo pelo moderno. *El cambio, sin embargo, ya se ha producido desde el momento en que Cicerón puede definir al estado como vínculo de derecho (vinculum iuris); pues aquí por derecho no se entiende la ley del estado mismo, sino una ley anterior, y ello tanto en el tiempo como en la sanción. (...) Probablemente no hay en toda la historia de la teoría política un cambio más revolucionario que éste, y desde luego ninguno tan transcendental para el futuro de constitucionalismo* (McILWAIN, 1991: 57). Esse é o motivo pelo qual o constitucionalismo romano é considerado como a origem do constitucionalismo moderno. Pode-se ainda afirmar que a mudança na idéia e fundamentação do constitucionalismo antigo e moderno está na mudança da própria concepção do direito natural.

<sup>20</sup> Os estudiosos do direito romano consideram as Leis das XII Tábuas como uma exigência da plebe, que desejava algum tipo de legislação ao alcance de todo o povo e que eliminasse a incerteza do sistema consuetudinário. As Leis das XII Tábuas esboçaram alguns princípios jurídicos atinentes à propriedade, à família e à cidadania, que, no entanto, apenas traduziram para a forma escrita os costumes da época. Essas Leis foram destruídas durante a invasão de Roma pelos gauleses, e ainda hoje permanece incerto o seu real conteúdo.

<sup>21</sup> *que bajo la apariencia de unos cuantos principios epigráficos, regulaba múltiples relaciones pertenecientes a los más diversos campos del Derecho.*

<sup>22</sup> Na Roma Antiga, a aristocracia rural manteve sempre o controle do poder político, através da concentração cada vez maior de terras em suas mãos e da constante redução dos pequenos proprietários rurais, que se convertiam em servos para salvar dívidas ou que acabavam

compilado num único documento, considerado, por isso mesmo, muito mais seguro que o anterior. Tal sistema jurídico passa a ser elaborado gradualmente, entre os séculos V a.C. e II d.C. –período no qual irá experimentar seu maior desenvolvimento– e vai provocar uma transformação importante na idéia do sujeito legislativo, que irá, pois, alterar a fonte de toda soberania na Roma Antiga. Isso porque, na idéia de substituição dos costumes pela lei, está implícita a noção de que não mais será a divindade a fonte de toda autoridade, mas sim o Estado, que, à época, personificava-se no Imperador. Essa mudança na fonte legisladora é a questão central do constitucionalismo romano, e suas conseqüências são o cerne do desenvolvimento da Teoria da Constituição, como se verá a seguir.

Com efeito, a partir desse deslocamento, a competência para elaborar as leis na Roma Antiga ganhou crucial importância.

O ordenamento jurídico romano inicialmente encontrava-se restrito ao direito privado e tornou-se essencialmente preocupado com a regulamentação de relações informais de contrato e permuta entre os cidadãos. Sua orientação básica reside nas transações econômicas –compra, venda, aluguel, contratos, herança, segurança– e nos agregados familiares –matrimoniais ou testamentários (ANDERSON, 1998: 63).

Não se pode, porém, desprezar a sua importância, pois, sustentado nos trabalhos elaborados pelos jurisconsultos,<sup>23</sup> o direito privado adquiriu uma relevância muito maior que a lei pública, já que a relação dos cidadãos com o poder político estava sujeita ao poder discricionário do Imperador, configurando-

---

concentrando-se nas Cidades. Somente durante a República surgem várias guerras e agitações da plebe, buscando direitos que pusessem fim a essa situação tão desvantajosa. Com a destruição das Leis das XII Tábuas, tratava-se, fundamentalmente, de buscar uma lei que se aplicasse a todos, pois, desde o início de século I, perturbações arruinaram a Constituição romana, e guerras contínuas ameaçavam destruir o poder civil e a liberdade do Estado. Roma, no entanto, jamais conheceu uma transformação social capaz de banir um governo despótico, quebrar a dominação aristocrática e conduzir a uma subsequente democratização da Cidade. Ao invés disso, uma nobreza hereditária manteve seu poder sólido assentado em uma Constituição cívica extremamente complexa, que passou por importantes modificações populares no decorrer de uma prolongada luta social violenta dentro da Cidade, mas que nunca foi abolida ou substituída (cfme. ANDERSON, 1998: 51- 53).

<sup>23</sup> Consideram-se como jurisconsultos aqueles cuja interpretação da lei possui caráter oficial reconhecido pelo Imperador. Seu trabalho destina-se a procurar uma maior formalização das regras de direito, visando à sua aplicação.

se através de características autoritárias, que dispensavam, portanto, qualquer regulação jurídica.<sup>24</sup>

Ocorre que o relacionamento público entre cidadão e Estado e o relacionamento patriarcal entre o cabeça da família e seus dependentes eram marginais ao desenvolvimento central da teoria e práticas legais; o primeiro, considerado mutável demais para estar sujeito a jurisprudência sistemática, ao passo que o segundo cobria mais a esfera inferior do crime (ANDERSON, 1998: 63).

Esse vazio em relação ao direito público vai acarretar a necessidade imperiosa de se realizar uma ampla reflexão em torno das questões políticas preteridas até então,<sup>25</sup> colocando, dessa maneira, para os romanos, a necessidade de pensar que regras deveriam governá-los.

Como eles ainda não tinham se ocupado seriamente dessa questão, CÍCERO (1989) é chamado a debater a natureza da vida pública: qual a melhor forma de governar uma República, qual a melhor forma de ordenar uma Constituição e qual seria a importância das leis na execução dessa tarefa. Para o autor, a possibilidade de refletir sobre as leis que devem efetivamente comandar um Estado, exige, antes de tudo, saber o que realmente é uma República, pois

nunca se poderá compreender como é aquilo que se discute, se, previamente, não se compreendeu o que é. Portanto, já que nosso objeto de investigação é o Estado ou República, comecemos por ver o que é mesmo isso que investigamos (CÍCERO, 1989: 61)<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Na Roma Antiga, o desenvolvimento da sociedade está intimamente ligado ao desenvolvimento da lei civil. No entanto, apesar do pouco crédito que se dá à lei pública, é nela que vamos encontrar todos os traços autoritários do direito romano. A lei não era a lei pública, pois a relação dos cidadãos com o poder político estava sujeita ao poder discricionário do Imperador, que manteve todos os traços autoritários da época da República. Nesse período as leis emanavam das assembleias populares e obrigavam basicamente os plebeus. Logo após, veio a intervenção direta do Senado, que posteriormente foi substituída pelo Imperador, até ele se tornar o único capaz de legislar.

<sup>25</sup> A questão central e que será objeto de uma reflexão profunda diz respeito à tentativa de contemplar uma série de demandas concernente à plebe, que não se julgava contemplada na procura da igualdade perante a lei.

<sup>26</sup> *nunca se podrá comprender cómo es aquello de lo que se discute, si previamente no se ha comprendido qué es. Por tanto, puesto que nuestro tema de investigación es el Estado o República, comencemos primero por ver qué es eso mismo que investigamos (CÍCERO, 1989: 61).*

República, para os romanos, não quis significar uma tradução do termo *politéia*: vai significar algo distinto, exprimindo, basicamente, *coisa do povo*. E há que se entender o povo não como

qualquer conjunto de homens reunidos de qualquer maneira, mas como uma associação numerosa de indivíduos agrupados por causa de um direito aceito por todos e por haver interesses comuns entre eles. E a causa primeira que terá determinado o agrupamento não será tanto a debilidade como uma espécie de tendência natural que leva os homens a associar-se (1989: 62)<sup>27</sup>.

Aparecem, assim, duas questões essenciais à existência de uma República: a vontade natural de associação e o vínculo jurídico. A primeira é fundamental e inexorável, pois, sem a existência de uma vontade natural e anterior de associação,<sup>28</sup> que se apóia na vontade de justiça comum, e sob a qual vai repousar o jurídico, não se pode falar em sociedade ou em Estado. Já o vínculo jurídico detém uma importância central para se compreender a idéia de povo, pois é preciso considerá-lo, antes de tudo, como uma comunidade construída através do direito.<sup>29</sup>

Se a República é acima de tudo constituída e moldada pelo direito, CÍCERO (1989: 196) começa por definir o que é o direito e qual a sua natureza. Inicialmente esclarece que, para tratar dessa questão, é preciso referir-se unicamente ao direito público,<sup>30</sup> pois há que se questionar o seguinte:

<sup>27</sup> *cualquier conjunto de hombres reunidos de cualquier manera, sino una asociación numerosa de individuos, agrupados en virtud de un derecho por todos aceptado y de una comunidad de intereses. Y la causa primera de agruparse, no es tanto la debilidad como una especie de tendencia natural de los hombres a asociarse* (CÍCERO, 1989:62).

<sup>28</sup> Segundo VALENTE, CÍCERO considera a República no seu nascimento, quando ainda não elaborou seus instrumentos jurídicos. A sociedade política nascida de uma certa propriedade natural para se reunir é anterior às suas leis e costumes e não se encontra em nenhum ato institucional (VALENTE, s/d: 297).

<sup>29</sup> Para VALENTE, em CÍCERO assim se precisa a figura da *res pública*: reunião e comunidade jurídica de homens e de bens mantidos em comum por um consentimento mútuo sob a proteção da regra equitativa, comunidade de direito e comunidade das relações humanas, reuniões e agrupamentos de homens associados pelo direito, que se chamam Estados (VALENTE, s/d: 298).

<sup>30</sup> Segundo McILWAIN, uma das principais contribuições do constitucionalismo romano está na clara distinção que este estabeleceu entre direito público e direito privado, distinção essa que até hoje determina o estudo e a análise das categorias jurídicas, inclusive influenciando o constitucionalismo moderno através da idéia da existência de garantias jurídicas do indivíduo frente à invasão do Estado (McILWAIN, 1991: 68).

haverá algo tão importante quanto o direito político? Em contrapartida, haverá algo tão pouco importante como a tarefa dos que são consulados, mesmo que seja uma coisa necessária para o povo? E eu não creio que aqueles que estiveram à frente dessa tarefa tenham ignorado o direito em sua perspectiva integradora; dedicaram-se, porém, a exercer esse que chamam civil apenas no que pensaram que era útil para o povo: isso tem muito pouca importância teórica, mas é muito útil na prática<sup>31</sup>.

O autor vai dedicar-se, então, unicamente, à lei e ao direito público, isto é, *temos que submeter a consideração aquelas leis pelas quais as cidades devem governar-se* (CÍCERO, 1989: 198).<sup>32</sup> Esse direito deve ser tal que responda às exigências de igualdade reivindicadas pela plebe descontente, pois

sendo a lei o vínculo de uma sociedade civil, e o direito estabelecido por esta lei sendo igual para todos, em nome de que direito se poderia manter uma sociedade de cidadãos sem que todos tivessem as mesmas oportunidades? De fato, se não é possível que a fortuna seja igual para todos, se a inteligência não pode também ser igual para todos, devem ser iguais, no entanto, os direitos entre os que são cidadãos de um mesmo Estado. Pois o que é uma cidade senão uma sociedade de direito entre cidadãos? (CÍCERO, 1989: 68)<sup>33</sup>

Pode-se aferir, então, que o direito deveria ter como característica principal o fato de ser igual para todos os membros de um mesmo Estado. O direito teria essa atribuição, pois está fundado na lei, a mesma que, para o autor, funda efetivamente a sociedade.

O pensamento de CÍCERO é o seguinte: a Lei funda e agrupa a sociedade, garantindo aos cidadãos certo número de direitos políticos comuns, e esse direito, enquanto se conserva igual,

<sup>31</sup> *hay algo tan importante como el derecho político? En cambio, hay algo tan poco importante como la tarea de los que son consulados, aunque sea una cosa necesaria para el pueblo? Y yo no creo que quienes estuvieron al frente de esa tarea hayan ignorado el derecho en su perspectiva integradora, pero se dedicaron a ejercer ese que llaman civil sólo en que lo pensaron que era útil al pueblo; eso tiene muy poca importancia teórica pero es muy útil en la práctica* (CÍCERO, 1989: 196).

<sup>32</sup> *hemos de someter a consideración las leyes por las que deben gobernarse las ciudades* (CÍCERO, 1989: 198).

<sup>33</sup> *siendo la ley el vínculo de una sociedad civil y el derecho establecido por esta ley igual para todos, en virtud de qué derecho se podría mantener una sociedad de ciudadanos sin que su condición que tal fuera la misma para todos? En efecto, si bien no satisface que las fortunas sean iguales, si bien las inteligencias de todos no pueden ser iguales, sí debem ser iguales los derechos entre quienes son ciudadanos de un mismo Estado. Pues, qué es una ciudad sino una sociedad de derecho entre ciudadanos?* (CÍCERO, 1989: 68).

mantém a sociedade em concórdia e solidez. O direito é, pois, a igualdade de todos –perante a lei. A interação do ius e da lex constitui o vinculum societatis (VALENTE. s/d: 302).

A partir deste momento, pode-se iniciar uma tentativa de compreensão da natureza das contribuições trazidas pelo jusfilósofo romano para a Teoria Constitucional. É preciso, no entanto, recorrer antes à sua idéia de lei, que, como já explicitado, é fonte suprema de toda autoridade política na Roma Antiga, e o próprio autor a reconhece como tal.<sup>34</sup> Para o jurista (1989:198), a lei *é a razão suprema, gravada em nossa natureza, que nos ordena o que se deve fazer e proíbe o que não se deve.*<sup>35</sup> Acima de tudo a lei representa o compromisso do povo para com a República, e é nela que se encontra a seleção do que se considera justo ou injusto, pois a lei é a expressão da natureza humana universal. Ocorre que, se o fundamento do direito está na lei, é preciso, ainda, recorrer ao fundamento da lei, para encontrar a sua fonte de autoridade. A justificação de ambos –direito e lei– está, para CÍCERO, na natureza, que é considerada como uma lei suprema, pois concede a todos os homens a razão. E a razão é o instrumento que torna o ser humano capaz de efetuar previsões, outorgando-lhe memória e capacidade reflexiva e possibilitando, ainda, que se estabeleça um vínculo com a divindade. Desse modo, a razão é também o instrumento que permite ao homem elaborar leis justas, uma vez que vinculadas à divindade.

É também através da razão –e talvez este seja o seu caráter mais decisivo– que se estabelece a idéia de igualdade como base para o direito e para a Constituição política. Se todos os homens são dotados de razão e se esta se manifesta para os homens através do vínculo estabelecido pela lei – o que Cícero

<sup>34</sup> Mas faz-se mister compreender também –e isto aparece pela primeira vez em CÍCERO e vai mudar todo o curso da histórica constitucional– que a lei nada mais é do que a vontade do governante, ou melhor dizendo, a vontade do governante ou soberano é a própria lei. Ainda neste momento é preciso esclarecer que CÍCERO pensa num sistema que contemple as pretensões de igualdade reivindicadas pela plebe. Esse estabelecimento da igualdade somente pode ser feito através do direito e, portanto, seu objetivo vai ser a procura de um sistema que fundamente a igualdade. Assim, o autor coloca a origem do direito na lei e desta na razão que todos possuem numa mesma medida. Portanto, se todos são iguais por possuírem a mesma faculdade da razão e desta deriva a lei e dela o direito, todos os homens são iguais perante a lei.

<sup>35</sup> la razón suprema, grabada en nuestra naturaleza, que nos ordena que es lo que debe hacerse y proíbe sus contrarios (1989: 198).

chama de *reta razão* e em cuja interioridade encontramos o direito,<sup>36</sup> em que pesem as diferenças, todos os homens podem ser considerados iguais perante a lei e têm os mesmos direitos, pois todos são dotados de razão por força da natureza.<sup>37</sup> Portanto, se a razão foi concedida a todos, ela representa um princípio universal, da mesma forma que a lei e o direito. Esse princípio universal serve para estabelecer as bases políticas da sociedade, pois

como não há nada melhor que a razão (...) aqueles que a têm em comum, também têm em comum a reta razão; e, como esta constitui a lei (...) E aqueles que têm uma lei em comum, também têm um direito em comum; e os que têm essas coisas em comum hão de ser considerados como pertencentes à mesma comunidade cidadã; e assim serão considerados com mais motivo ainda se também obedecerem às mesmas autoridades e poderes (CÍCERO, 1989:201)<sup>38</sup>.

Assim, o autor considera que uma coletividade está fundada sobre uma vontade natural de associação, sobre um vínculo jurídico que une os cidadãos; considera também que, por serem dotados de razão, o princípio universal que os liga à mesma lei e ao mesmo direito que ela constitui, esses homens serão parte de uma mesma coletividade, a qual objetivará proteger e assegurar os direitos de seus cidadãos. A necessidade de tutelar interesses leva à criação de um instituto político, o Estado.<sup>39</sup> Tal idéia não é, no entanto, suficiente para compreender o

<sup>36</sup> Segundo VALENTE, para o autor romano *o direito é de certa maneira a interioridade da lei, que se volta para a sociedade política, rede de direitos e deveres, trama, sobre a qual se tecem as relações humanas de interdependência e de comunidade, pelo que se constitui uma sociedade particular* (VALENTE, s/d: 303).

<sup>37</sup> Na antigüidade, para os romanos, a razão gravada na natureza foi a fonte da autoridade. En efecto, a quienes la naturaleza les concedió la razón, también les dió la recta razón y, por tanto, también la ley, que consiste en la rectitud de la razón en el acto de mandar y en el acto de prohibir; y si les dió la ley, también el derecho: y como la razón es para todos, en consecuencia, el derecho se les ha concedido a todos (CÍCERO, 1989: 206).

<sup>38</sup> *puesto que no hay nada mejor que la razón (...) quienes tienen en comum la razón, también tienen en comum la recta razón; y, dado que esta constituye la ley (...) Y aquellos que tienen una ley en común, también tienen un derecho en común; y quienes tienen estas cosas en común, han de ser considerados como pertenecientes a la misma comunidad ciudadana; pero si resulta que también obedecen a las mismas autoridades y poderes, pues con más motivo todavía* (CÍCERO, 1989: 201).

<sup>39</sup> Para CÍCERO, *a vontade de viver em comum, que une o povo, deve fixar-se numa instituição permanente. O povo deve dar-se a representação e a efetividade de sua unidade e particularidade. A defesa dos interesses comuns deve estar assegurada por um instrumento mediador. O vínculo do direito, para ser eficaz, precisa de concretizar-se num órgão, que o defina, imponha e faça respeitar por todos* (VALENTE, s/d: 298). *Esse órgão é o governo, que reúne em si o imperium –*

conceito de República. Para realmente ter-se um Estado, é fundamental um projeto político permanente que represente o elo de continuidade do passado com o presente. É o que diz CÍCERO (1989:63) quando afirma que

todo povo, que, tal como expus, consiste na associação de muitos indivíduos: toda cidade, isto é, o estabelecimento de um povo; e toda república significa, como já disse, "coisa de povo", necessita ser regida por um determinado projeto político para ser duradoura<sup>40</sup>.

Este projeto político deve corresponder à causa que deu origem à Cidade e pode estar confiado a um, a vários ou a todos os cidadãos que constituem a República. Dessa forma, teríamos que,

quando todas as responsabilidades estão nas mãos de um só, a esse chamamos rei, e monarquia a tal forma de governo. Quando as responsabilidades estão nas mãos de um grupo seletto, diz-se que a cidade é governada por um regime aristocrático. Por outro lado, trata-se de uma cidade democrática –pois essa é a denominação que lhe é dada– aquela em que todos os poderes repousam no povo (CÍCERO, 1989:64)<sup>41</sup>.

Das três formas de governo, nenhuma satisfaz completamente as necessidades de uma República para se bem conduzir, pois todas as formas de governo podem degenerar.

Com efeito, não há nenhuma daquelas três formas de governo que não possua uma senda pela qual possa deslizar e precipitar-se para algum mal próximo (CÍCERO, 1989:65)<sup>42</sup>.

Agora, já se pode dizer que está estabelecida a origem da lei e do direito, bem como fundamento último desses dois na natureza, a qual concede aos homens

---

*poder de governar que precisa estar adequado às leis da natureza, ou seja, à idéia de que todos os homens são iguais.*

<sup>40</sup> *todo pueblo, que tal como expuse, consiste en la asociación de muchos individuos; toda ciudad, esto es, el establecimiento de un pueblo; y toda república significa, como ya dije «cosa del pueblo», necesita ser regida por un determinado proyecto político para ser duradera.*

<sup>41</sup> *cuando la totalidad de las responsabilidades están en manos de uno solo, a tal lo llamamos rey y monarquía a esta forma de gobierno. Cuando está en manos de un grupo selecto, se dice que la ciudad se gobierna mediante un régimen aristocrático. En cambio se trata de una ciudad democrática –pues ése es el nombre que le dan– aquella en la que todos los poderes descansan en el pueblo.*

a *reta razão* e, dessa forma, põe as bases para a igualdade de direitos e interesses que deverão ser tutelados pelo Estado. Já se pode, então, neste ponto, localizar o sentido da Constituição Política em CÍCERO, pois tal sentido repousa na idéia de concretização e organização política do povo, através do direito, para a realização de um projeto político que mantenha a República duradoura. Segundo o mesmo autor,

a melhor constituição política é a que resulta uma combinação moderada daqueles três modelos de que já falamos: o monárquico, o aristocrático e o democrático; e que não oprima com a repressão (CÍCERO, 1989: 106)<sup>43</sup>.

Somente uma comunidade jurídica cuja Constituição política fosse organizada a partir dessa configuração atingiria seu fim e seria duradoura, já que a Constituição deve estabelecer um equilíbrio entre direitos, deveres e funções. Assim, tanto terão representatividade aqueles que exercem o poder político, quanto deverão sentir-se prestigiados os homens do povo, evitando-se assim a revolta que impediria a continuidade da República no tempo.

Os romanos não desconsideraram, ainda, a superioridade formal da Constituição sobre as outras leis e costumes remanescentes, que devem conformar-se com o modelo político consolidado na Constituição. Também não esqueceram de considerar que, em todo Estado, deve existir um poder judicial representado pela magistratura, cuja função essencial

consiste em governar e dar ordens justas, úteis e conseqüentes com as leis. Com efeito, assim como as leis governam os magistrados, assim os magistrados governam o povo; e pode-se afirmar, certamente, que o magistrado é uma lei que fala, e, por sua vez, a lei é um magistrado mudo (CÍCERO, 1989: 266)<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> *En efecto, no hay ninguna de aquellas tres formas de gobierno que no posea una senda por donde se desliza y precipita hacia algún mal próximo.*

<sup>43</sup> *la mejor constitución política es la que resulta de una combinación moderada de aquellos tres modelos de los que hablamos: el monárquico, el aristócrata y el democrático; y que no irrite con la represión.*

<sup>44</sup> *consiste en gobernar y en dar órdenes rectas, útiles y consecuentes con las leyes. En efecto, tal como las leyes gobiernan a los magistrados, así gobiernan los magistrados al pueblo; y puede afirmarse ciertamente que el magistrado es una ley que habla, y a su vez, la ley es un magistrado mudo.*

Para concluir, é preciso esclarecer que, diferentemente do que se costuma defender, as principais contribuições dos romanos ao constitucionalismo e à Teoria da Constituição não se limitam à maneira de entender a Constituição como forma de organização do poder político, mas sim, como bem coloca o jurista inglês McILWAIN (1989: 63), *o princípio político nuclear da jurisprudência romana não é, como foi afirmado tantas vezes, o absolutismo do príncipe, mas a doutrina de que o povo é a última fonte de toda autoridade política legítima do Estado*<sup>45</sup>. Trata-se de constatar que a Constituição imaginada pelos romanos se sustenta no sistema como fruto da escolha racional de um povo para melhor perpetuar um Estado, e como fruto de uma lei natural anterior, que é fonte de toda autoridade soberana. Essa maneira de compreendê-la pode ser tida como revolucionária e, portanto, autoriza a afirmar que representa o cerne do constitucionalismo moderno e, ainda, fonte de inspiração para todo o constitucionalismo da liberdade, muito posterior, historicamente, a esse momento.

### 1.1.3 Constitucionalismo e liberdade antes do liberalismo: as leis fundamentais na Idade Média.

Numa situação muito mais confortável –pois casualmente muito mais conexa– podem situar-se as origens próximas da Teoria Constitucional na Idade Média, pois, nesse período histórico, que –sem tentar recair numa ingenuidade histórica– vai do fim do Império Romano até o Renascimento, já são perceptíveis alguns aspectos constitucionais. Não há consenso, entretanto, no pensamento constitucional, em relação à existência ou não de um efetivo constitucionalismo medieval. A polêmica que envolve esse debate pode ser assim enunciada: dadas as contingências econômicas e políticas da época, em se tratando de Idade Média,

---

<sup>45</sup> *el principio político nodal de la jurisprudencia romana no es, como se ha mantenido tan a menudo, el absolutismo del principe, sino la doctrina de que el pueblo es la última fuente de toda autoridad política legitima del Estado.*

cabe o uso dos termos Estado e Constituição? A essa interrogação pode-se responder que, sem dúvida alguma, o modo de produção e organização feudais elimina de saída uma das principais características do Estado: a centralização do poder político, suprimindo, assim, a idéia que impulsiona o sentido de uma Constituição, que é a organização e a limitação jurídica desse poder. Entretanto, ainda que a resposta a essa questão tenha sido negativa, há que se refletir se ela representa uma impossibilidade material de falar-se em constitucionalismo ou até mesmo em pensamento constitucional no medievo. E ainda, caso isso seja possível, em que termos deve ser efetuado. A primeira questão pode ser respondida afirmativamente. As ausências de Estado e Constituição na acepção atual não impedem que se faça referência à existência de um constitucionalismo medieval. Isso porque, o constitucionalismo, *avant la lettre*, deve ser tomado enquanto técnica de limitação do poder e, nesse sentido, é possível afirmar que tem origem medieval.

Com efeito,

com o termo constitucionalismo faz-se referência, genericamente, a certos momentos de uma reflexão sobre a experiência político-jurídica relativa à organização do poder, momentos próprios da história europeia desde o mundo antigo (grego, mas sobretudo romano) (...) Precisamente por isso, com o termo “constitucionalismo” não se indica propriamente um período histórico, no qual o termo teria sua explicação, nem uma corrente de idéias políticas e sociais, na qual se encontra sua própria unidade, mas um “tipo ideal” que permite refletir sobre a realidade histórica, ou uma categoria analítica para vir à luz e mostrar aspectos particulares da experiência política (MATTEUCCI, 1998: 82) <sup>46</sup>.

Nessa ótica não se pode descartar o fato de que tenha existido uma estrutura política e social específica, que, considerada em seu conjunto, permite

---

<sup>46</sup> con el término constitucionalismo se hace referencia generalmente a ciertos momentos de una reflexión sobre la experiencia político-jurídica relativa a la organización del poder, momentos propios de la historia europea desde el mundo antiguo (griego, pero sobre todo romano) (...) Precisamente por esto, con ‘constitucionalismo’ se indica no tanto un período histórico, en el que tendría su explicación, ni una corriente de ideas políticas y sociales, en la que encontrase su propia unidad, sino un ‘tipo ideal’ para reflexionar sobre la realidad histórica, o una categoría analítica para sacar a la luz y mostrar aspectos particulares de la experiencia política (MATTEUCCI, 1998: 82).

falar-se em constitucionalismo na Idade Média, principalmente na Inglaterra.<sup>47</sup> Em decorrência da experiência histórica e política singular desse país, é possível, a partir da abordagem global do processo de conformação de suas instituições políticas e jurídicas, tomar-se o constitucionalismo inglês como parâmetro, ainda que não exclusivo, para um estudo do constitucionalismo medieval.<sup>48</sup> Dessa forma, pode-se afirmar que a maneira como o constitucionalismo se apresenta atualmente nada mais é do que o resgate das idéias de liberdade inglesas do medievo, acrescidas de *garantias jurídicas* contra o abuso do poder. Essas idéias ainda não se faziam então, pois a tentativa de limitação do poder –característica fundamental dos movimentos constitucionalistas– foi efetuada através de leis fundamentais.

---

<sup>47</sup> Além da experiência inglesa, que, de acordo com os objetivos desta pesquisa, faz-se necessário privilegiar, é preciso considerar o processo de desfeudalização das Cidades italianas. A partir do século XII, especialmente no norte da Itália, o processo desencadeará o desenvolvimento de uma prática política caracteristicamente moderna ou, pelo menos, indicadora de elementos modernos de liberdade e constitucionalismo, tais como a idéia de liberdade vinculada à sedimentação de governos mais duradouros e da segurança e paz como conseqüências políticas desejadas. Nesse sentido, e dentro do contexto de luta pela independência pelo qual passavam essas Cidades, a liberdade aparece como um mote político brandido como arma contra o Império central. Isso significava tanto a afirmação da soberania desejada por essas Cidades quanto a defesa das constituições republicanas – o que demonstrava a luta por um processo de independência e autonomia, carente de realização. Essa realidade demonstra claramente a origem renascentista de todas as discussões jurídicas e políticas travadas nos séculos imediatamente posteriores, que irão redundar na identificação do bem público, da virtude cívica, da necessidade de se evitar a fragmentação do poder político, da segurança coletiva como fundamento do Estado e da constituição como instrumento de unificação de todos esses valores. Por isso, é de fundamental importância que fique clara a vinculação do processo de formação da idéia de constitucionalidade moderna a partir não somente da história inglesa como também do processo de redefinição estrutural e política perpetrada pela Itália renascentista. Para aprofundar esse assunto, consultar SKINNER (1996).

<sup>48</sup> Vejam-se, a esse respeito, as observações de João Carlos Brum TORRES (1989:174), que inicia referindo-se ao constitucionalismo francês, para afirmar que, nesse Estado, os conflitos entre os nobres e o poder real tiveram soluções favoráveis ao rei. Ao mesmo tempo, chama a atenção para o fato de que, na Inglaterra, a situação foi bastante diversa. Diz ele: *ali os confrontos políticos entre o rei e as forças sociais articuladas contra ele em diversos períodos históricos tiveram em inúmeros casos, desfecho contrário aos interesses régios. Daí resultaram não apenas restrições ao poder do rei, mas também uma forma específica de materialização destas últimas, os instrumentos escritos, cujo sentido era o de dar o máximo de formalidade às conquistas democráticas, assim como lhes garantir a publicidade. Com isso procurava-se obter garantias expressas e solenes de que a Coroa reconhecia e respeitaria determinados limites e regras no exercício de suas prerrogativas. Percebe-se assim, porque a análise da monarquia inglesa pode aproximar-se mais facilmente de um estudo de direito constitucional do que é possível ocorrer no caso da França.* Também cabe a consulta a MATTEUCCI (1998), que tece a esse respeito considerações que confirmam a posição que defendemos e que será apresentada no decorrer desta parte da pesquisa.

O que se pretende com isso é mostrar que o constitucionalismo não é uma criação do liberalismo, mas se apóia numa idéia medieval de que a limitação do poder político se faz necessária para a consecução da liberdade. Para os liberais, entretanto, essa limitação deve ser efetuada através de técnicas mais eficazes do que as simples cartas de intenções que foram usadas à época. Assim sendo, o liberalismo –além de aperfeiçoar um pouco aquela idéia medieval– vai acrescentar garantias institucionais para a realização da liberdade individual. Pode-se, pois, afirmar que é o constitucionalismo que se torna cada vez mais liberal, e não o contrário, ou seja, o liberalismo vai apoiar-se no constitucionalismo desenvolvido anteriormente, já que vê, nele, uma clara possibilidade de realização das liberdades individuais.<sup>49</sup>

Esta possibilidade deve ser bem explicitada, pois, se levada às últimas conseqüências, a aproximação dos dois modelos de constitucionalismo é bastante relativa. Ela somente se torna possível se compreendermos que os documentos clássicos e fundamentais –Magna Carta, Petition of Rights, Bill of Rights– não representam uma manifestação constituinte propriamente dita, mas são o resultado do confronto político anterior a qualquer Constituição e, por isso mesmo, indispensáveis à concretização do constitucionalismo.

Com base no acima referido, passa-se então a delimitar nosso objeto de estudo na origem, no sentido e no alcance do confronto entre duas categorias fundamentais: *gubernaculum* e *iurisdictio*,<sup>50</sup> referências que se tornam indispensáveis à compreensão do constitucionalismo medieval. Justifica-se esta opção pelas inúmeras possibilidades que surgem em torno da discussão da história constitucional do medievo, fazendo-se, portanto, necessária uma escolha que permita a continuidade da presente pesquisa. É fundamental destacar, ainda, que a análise que se pretende realizar não tem a intenção de esgotar a compreensão dos vários movimentos políticos que marcaram a Inglaterra no período em questão,

---

<sup>49</sup> Rapidamente –já que serão abordadas com maior cautela no decorrer desta pesquisa– pode-se citar, como características que serão somadas pelo liberalismo ao constitucionalismo medieval, a idéia de uma Constituição escrita, a função de legitimidade desta Constituição e a função de divisão do exercício do poder político como garantia da liberdade dos indivíduos.

<sup>50</sup> Essas duas categorias têm a função de representar o confronto entre as duas posições contrárias representadas pela posição do rei e dos barões.

pois essa seria tarefa para um trabalho exclusivo. O objetivo é apenas iluminar algumas passagens históricas que determinaram a formação das instituições jurídicas da modernidade.

Para o entendimento da problemática que envolve o confronto entre *gubernaculum* e *iurisdictio*, é preciso compreender o movimento *político e jurídico* que os situou em campos opostos pela primeira vez: o confronto entre a Coroa e os Barões e, a partir desse, o surgimento da Magna Carta (1215). Sem uma noção do alcance desse documento –muitos juristas consideram o primeiro de índole constitucional–, não se pode abarcar a dimensão do conflito mencionado e suas conseqüências. Passamos então a localizá-la a partir dos seus antecedentes históricos, políticos e –por que não?– jurídicos.

Na base da trajetória política da Inglaterra medieval, encontra-se a disputa entre o poder régio –cuja característica sempre foi a tentativa de centralização do poder político– e os Barões, que buscavam oferecer resistência a esse poder. O embate sempre deu à problemática do exercício do poder, na Inglaterra, um caráter público e leva a crer que

a elucidação do processo de constituição da esfera público-estatal e de modelagem das estruturas de representação do corpo social pelas instituições monárquicas deve ser buscada, portanto, menos no escrutínio das regras sucessórias, ou no exame das doutrinas de representação política, e mais na reconstituição da longa história em que interagiram intensamente rei, conselho régio e parlamento (TORRES, 1989: 170)<sup>51</sup>.

O confronto acima exposto irá prolongar-se durante toda a história do medievo e, como não podia deixar de ser, oscilou entre o confronto direto e a tolerância. Manifestou-se, pela primeira vez, durante o reinado de Henrique II, quando o monarca tentou reunir em torno de si uma parcela de poder maior do que

---

<sup>51</sup> Esse, entre os outros fatores já citados, confere à Inglaterra um caráter diferencial, pois *o modo pelo qual o caráter público do poder passou a significar também um poder no exercício do qual havia a participação –ainda que a princípio muito restringida e de caráter puramente negativo– do público, isto é, daqueles sobre os quais incidiam seus mandatos e ações* (TORRES, 1989: 171). Pode-se considerar esse momento como sendo também o de origem da democracia moderna. É oportuno reafirmar aquelas peculiaridades que, em outro contexto, seriam fundamentais, tais como a constituição do parlamento, a formação das duas Câmaras, entre outras questões, como a

a que, até então, cabia à Coroa. Para atingir seus objetivos, o rei efetuou algumas reformas políticas e jurídicas –que, embora sustentadas em pilares distintos–, ao se conjugarem, produziram grandes modificações institucionais. A mais importante foi a quebra das relações horizontais características do sistema feudal, para estabelecer relações hierárquicas através da introdução do inquérito, da alteração da idéia de direito e, ainda, da criação da *common law*.

Inicialmente ligado à idéia de processo judicial,<sup>52</sup> o inquérito aparece *como um novo e revolucionário método de governo* (TORRES, 1989: 181), mas vai ultrapassar essas fronteiras para atingir o campo do direito público, bem como o exercício do poder político. Ao ser assim concebido, passa a ser utilizado como poderoso instrumento de governo e de intervenção da Coroa nas relações feudais, já que servirá para encaminhar as questões fiscais e detectar sonegadores. O rei deixará patente que a contribuição não será mais facultativa, mas sim obrigatória. É o que permite afirmar que, através do inquérito, desenvolve-se lentamente *uma relação de rei a súdito, isto é, como a primeira das formas de obrigação política, típicas da modernidade* (TORRES, 1989: 184).<sup>53</sup> Outra transformação institucional relevante é a modificação da *idéia de direito*. Com o objetivo de centralizar e controlar melhor o poder, o rei passa a editar *assentadas*, ou seja, leis que favorecem o próprio rei e tiram do comando o caráter de mandamento sagrado, para considerá-lo um poder temporal e social. Dessa transformação decorre que o ato de legislar deixa de ser visto como ato da vontade divina, para ser considerado um poder que depende da vontade humana.<sup>54</sup> O terceiro e último eixo de intervenção foi a criação da *common law*. Ao estabelecê-la, o rei impõe, além de técnicas processuais uniformes, um espaço jurisdicional comum a todo o

---

formação da guerra civil. Elas não serão abordadas com a profundidade que merecem por fugirem aos nossos objetivos.

<sup>52</sup> Para uma melhor compreensão da idéia e função do processo na Idade Média, ver Michel FOUCAULT em *A verdade e as Formas Jurídicas*.

<sup>53</sup> Para saber mais sobre a utilização política do inquérito, consultar o autor supracitado.

<sup>54</sup> Certamente não se pode afirmar que esta possibilidade –de a Coroa legislar sozinha– já represente a idéia de soberania, traço característico da modernidade. Traz, porém, um dado novo para a análise, que pode ser apresentado da seguinte forma: se o rei pode legislar sozinho, não há limites para essa atividade. Para garantir, entretanto, a liberdade que sempre marcou as relações de vassalagem, é preciso começar a limitar tal poder. Pode-se afirmar que aí surge a idéia de que somente o direito pode limitar e controlar o poder.

reino, através da instituição de uma justiça itinerante que irá produzir, jurisprudencialmente, regras de direito material. Esse direito comum debilita as funções dos senhores feudais, pois lhes retira decisões de índole judicial que, de acordo com as relações de vassalagem, estavam sob seu domínio e poder. Eles as exerciam com seu poder discricionário ou, no máximo, pelas regras de direito costumeiro. Tal transformação amplia ainda mais a autoridade régia e acaba, então, diminuindo o poder dos barões feudais. Neste momento, é importante salientar, para concluir, que esses três tipos de intervenção institucional tentaram impor uma relação hierárquica entre a Coroa e os Barões, que poderia ter levado ao absolutismo dentro de pouco tempo, à semelhança do que ocorreu em outras nações, pois visavam a desconstruir as relações de vassalagem, notoriamente horizontais, impondo relações verticais entre rei e Barões e, assim, rompendo com o sistema feudal. Mas, na Inglaterra medieval, não foi isso que ocorreu e a tentativa teve outro desfecho, que começa a delinear-se a partir do reinado de João.

O rei João, mais conhecido como João Sem Terra, na tentativa de solucionar seus problemas financeiros, teve seu governo marcado pelas constantes agressões –notadamente de natureza fiscal– aos Barões. Tal postura, que obviamente desagradava aos barões, vai levá-los a revoltar-se e a exigir do rei determinados compromissos políticos, como, principalmente, abster-se de intervenção fiscal, respeitar a lei, e, ainda, restaurar a liberdade. Para o atendimento dessas exigências, o rei deveria firmar um termo de compromisso, marcado com o selo real. É assim que surge, em 1215, a Magna Carta, primeiro documento com o claro objetivo de limitar o poder do rei, embora, paradoxalmente, não se pretendesse excluí-lo do poder. Esse fato precisa ser bem compreendido: sem pretensões de eliminar o poder do rei, mas unicamente limitá-lo, e somente com este sentido, a Magna Carta pode ser considerada um documento constitucional ímpar na história da humanidade.

A partir desse momento, pode-se perceber que surgem, especialmente nos trabalhos dos juristas da época, duas categorias que nomeiam juridicamente o conflito: *gubernaculum* e *iurisdictio*, que se destinam a explicar as relações que

deram origem à Magna Carta e se consolidaram em conseqüência. Tais conceitos precisam ser muito bem assimilados, pois desencadearão o processo edificador do pensamento político-constitucional inglês, que oscila entre o absolutismo e o constitucionalismo. Deve-se iniciar, pois, por estudar a presença desses conceitos nos conflitos constitucionais da época.

O jurista inglês BRACTON, autor de *De legibus et consuetudinibus Anglie*, um livro de casos que, na opinião de vários constitucionalistas modernos, é o maior e mais importante livro de direito político medieval inglês e talvez de toda a Europa (McILWAIN, 1991),<sup>55</sup> divide em duas categorias as relações jurídicas da época. Sob a influência do constitucionalismo romano, BRACTON argumenta que se deve governar de '*forma absoluta porém limitada ao mesmo tempo*', pois, para ele '*um rei que governe corretamente necessita de duas coisas: as armas e as leis.*'<sup>56</sup> McILWAIN (1991: 97) observa a esse respeito que a flagrante contradição revelada aqui entre essas afirmações de Bracton levou os séculos posteriores a uma dupla contradição: uma constitucional; a outra, absolutista.<sup>57</sup> Com efeito, talvez, na inexorável separação entre *gubernaculum* e *iurisdictio*, esse seja o traço mais característico do constitucionalismo de BRACTON e, por conseguinte, do constitucionalismo medieval. Ao produzir uma série de generalizações, que, embora inerentes à Inglaterra medieval, atingiram o resto da Europa, BRACTON influenciou a elaboração dos outros vários documentos constitucionais ingleses, o que nos permite afirmar que o jurista do

---

<sup>55</sup> Segundo McILWAIN (1991:92) *el libro de Bracton es un libro de casos; se trata probablemente, como se ha dicho, del único libro medieval de casos, siendo sin duda éstos casi por completos de derecho inglés. Pero ningún autor atento del libro puede pasar por alto en él la gran influencia de una jurisprudencia que es mucho más antigua y mucho más comprensiva que cualquier mera 'ley racional secundaria' y 'privativa' de Inglaterra.*

<sup>56</sup> '*un rey que gobierne rectemente necessita de dos cosas: las armas y las leyes.*'

<sup>57</sup> la patente contradicción revelada aquí entre estas afirmaciones de BRACTON llevó en los siglos posteriores a una doble contradicción, constitucional la una, absolutista, la otra (McILWAIN, 1991: 97). Ainda sobre este assunto, MATTEUCCI (1998) mostra que o jurista inglês já percebe de forma clara a necessidade de estabelecer o espaço de competência discricionária da Coroa e um outro espaço, no qual o rei poderá exercer seu poder de forma unicamente limitada. E essa divisão aparece em BRACTON, sustentada simbolicamente nas armas, como sendo a força, e nas leis, como sendo o governo reto e juridicamente nas duas categorias acima referidas: *gubernaculum* e *iurisdictio*.

medieval produziu uma Teoria da Constituição *avant la lettre*, sem Constituição, e estabeleceu um constitucionalismo sem Estado.<sup>58</sup>

Como já deve ter sido possível perceber, *gubernaculum* é o poder do rei, dentro de um determinado espaço no qual não encontra nenhum tipo de limite para o seu exercício. MATTEUCCI (1998: 39) afirma que, *por sua natureza, esse poder é discricionário, extra lei, não pode ser exercido mediante leis estabelecidas, e é confiado à prudência e à sabedoria do rei.*<sup>59</sup> Por outro lado, a *iurisdictio* representa a lei entendida como justiça. Assim sendo, o poder do rei é limitado pelo direito e deve agir somente em conformidade com ele.

Essa evidente contradição é o cerne do constitucionalismo medieval. As duas esferas de atuação que conferiam ao rei um poder ilimitado e limitado ao mesmo tempo não estavam, entretanto, claramente delimitadas. E, de acordo com a organização social da época, não poderiam mesmo estar. No feudalismo, tal qual na antigüidade, a sociedade estruturava-se a partir de uma concepção organicista. Isso quer dizer que, no complexo social medieval, não há que se falar em público ou privado, o que dificulta, ou até impossibilita, estabelecer o que e quais são as liberdades individuais. Assim, tinha-se um constante conflito entre a Coroa e os senhores feudais, que se sentiam constantemente invadidos na sua esfera de liberdade, já que o rei insistia em não conhecer qualquer limite. Essa questão somente adquiriu outros contornos a partir do liberalismo, que se sustentou, precisamente, na distinção entre público e privado, como se verá a seguir.

Com efeito, ainda que o rei deva respeitar a esfera da *iurisdictio*, é preciso considerar a possibilidade de isso não ocorrer, ou seja, caso o rei acabasse por invadir a “esfera da liberdade” –e aqui aparece o principal problema do constitucionalismo do medieval– não se dispunha de mecanismos para julgar ou coibir seus abusos. Mais ainda, não só não existiam esses mecanismos, como o rei

---

<sup>58</sup> Ainda segundo McILWAIN (1991: 102), *el principio constitucional inglés de Bracton no es sino lugar común de la teoría política europea de finales de siglo XIII. Pero ciertamente se trata de la afirmación constitucional más importante de Bracton. El gobierno no incluye la jurisdicción, en el sentido más estricto en que entendemos esta última expresión. En las cuestiones de gobierno y materias ajenas, el rey propiamente es un autócrata; 'es absoluto'; no tiene par; sus actos de gobierno estrictamente tal están fuera de cuestión.*

não era responsável, política ou juridicamente, perante seus súditos, caso cometesse alguma irregularidade.<sup>60</sup> Dessa forma, a única alternativa para resolver tais conflitos era a guerra ou a ameaça revolucionária, o que denuncia a grande fragilidade do constitucionalismo medieval.

Apesar dessa debilidade, foram firmados na Inglaterra vários compromissos constitucionais, sempre na tentativa de conter os abusos do poder discricionário da Coroa. Segundo McILWAIN (1991: 125),

durante os séculos XVI e XVII, na Inglaterra, como em outras partes, a *iurisdictio* teve de fazer frente a abusos do governo e, embora tenha ficado debilitada, não foi destruída. A história constitucional do período é, principalmente, a história do ataque inglês sobre essa linha e também a defesa dela, também feita pelos ingleses<sup>61</sup>.

A demarcação mais efetiva da *iurisdictio* veio a ser efetuada somente a partir dos conflitos religiosos, entre os séculos XV e XVII. Isso porque os súditos estavam politicamente divididos –sabendo-se que essa divisão ocorreu a partir de um conflito religioso– estando em jogo não mais o destino dos corpos dos súditos, mas o destino de suas almas, o que, dadas as características da época, teve uma

---

<sup>59</sup> *por su naturaleza este poder es discrecional, extra legem, no puede ser ejercido mediante leyes establecidas y se confía a la prudencia y a la sabiduría del rey.*

<sup>60</sup> A respeito das relações entre a *iurisdictio* e o *gubernaculum*, MATTEUCCI (1998: 40) é bastante esclarecedor: *un gobierno absoluto, pero limitado, al que correspondía una compleja estructura de gobierno que lo hacía constitucional o politicum además de regio. El poder del rey era indivisible y todo procedía de él, pero el rey debía gobernar 'par très grand conseil', es decir, después de oír el parecer de órganos institucionales con funciones específicas que lo informaban sobre el estado del reino y a través de una administración de oficiales reclutados en los distintos estamentos que, actuando en nombre del rey, estaban vinculados a límites legales. En suma, el poder del rey era indivisible, incontrolable, pero limitado. Sin embargo, faltaba un órgano legal capaz de juzgar las violaciones regias de la iurisdictio. Ello estaba sub Deo y sub lege, pero no sub curia, y por tanto nadie podía juzgar legalmente la violación de la ley por parte del rey. No sólo no era responsable políticamente, en el sentido moderno de la palabra, sino que ni siquiera lo era jurídicamente. Extrema ratio, sólo existía la guerra privada, la deposición del rey, el tiranicidio, es decir, el recurso a la fuerza, cuya legalidad en casos excepcionales y en el estado de verdadera necesidad era admitida por gran parte del pensamiento medieval, en la medida que faltaban remedios legales al arbitrio, es decir, no existían cuerpos idóneos para, en nombre de la comunidad, castigar al rey que violase el derecho*

<sup>61</sup> *durante los siglos XVI y XVII en Inglaterra, como en otras partes, la iurisdictio hubo de hacer frente a abusos del gobierno; sin embargo resultó debilitada, pero no destruida. La historia constitucional del período es principalmente la historia del ataque inglés sobre esta línea y su defensa asimismo inglesa.*

importância extrema. O rei, portanto, não consegue reunir um apoio efetivo, o que impede que o *gubernaculum* se estabeleça definitivamente na Inglaterra.

É preciso destacar, ainda, que os conflitos religiosos e os abusos do poder régio vão dar origem a dois documentos que a história constitucional revestiu de grande importância devido, principalmente, às suas conseqüências políticas: a primeira *Petition of Rights*, editada em 1610, e a segunda *Petition Of Rights*, de 1628. O objeto da contenda que lhes deu origem não foi muito diverso daquele que resultou na Magna Carta. É o que permite a alguns juristas declarar que elas reafirmam o primeiro documento da história constitucional, dizendo respeito, agora, não mais aos Barões, mas sim ao Parlamento, numa disputa envolvendo os Nobres e os Comuns.<sup>62</sup> A mais importante dessas duas novas Cartas foi a segunda. Ela estabelecia que ninguém era obrigado a pagar nenhum tipo de tributo extraordinário sem o consenso do Parlamento, bem como visava a defender os Comuns da ameaça de dissolução de sua Câmara.

A questão mais relevante da *Petition* foi, contudo, a reafirmação do *Habeas Corpus*, que já havia sido instituído anos antes –por ocasião da prisão arbitrária de um súdito que se negava a pagar tributos extraordinários– sem nunca ter sido respeitado. É preciso ressaltar que a inclusão desse instituto, amplamente conhecido e que até hoje encerra a idéia de garantia de liberdade, é um dos fatos que reafirmam a existência de um constitucionalismo medieval.

Faz-se necessária a referência, ainda, à *Bill of Rights*, de 1689, que, localizada historicamente num momento bem posterior e com um caráter distinto –já sob a influência de John LOCKE– vai insistir no mesmo conteúdo de liberdade das anteriores, estabelecer os limites pelos quais a monarquia poderia continuar existindo e, acima de tudo, tornar possível a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A *Bill of Rights* representa a ideologia da Revolução Gloriosa e guarda todas as prerrogativas da elaboração da lei para o Parlamento. Sua função principal foi encerrar definitivamente o conflito entre *gubernaculum* e *iurisdictio*. Através da *Bill of Rights*, o Parlamento se reservava o direito de

*intervir em qualquer área do governo, mantendo ainda uma clara divisão entre legislativo e executivo. Existia apenas, firmíssima, a exigência de um controle político do executivo, e não a intenção de apoderar-se dele (MATTEUCCI, 1998: 145).*<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Este trabalho não se propõe a especificar toda a trajetória histórica inglesa que chega até a *Petitions of Rights*. Trata-se assim de oferecer referências que permitam a compreensão do sentido do constitucionalismo inglês no medievo.

<sup>63</sup> *el Parlamento se reservaba el derecho de intervenir en cualquier área del gobierno, aun manteniendo una clara división entre legislativo y ejecutivo. Sólo existía, firmísima, la exigencia de un control político del ejecutivo y no el intento de apoderarse de él.*

## 1.2 CONSTITUIÇÃO E CONTRATO: LIBERALISMO E ILUMINISMO COMO CERNES DO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL

Explicitadas as origens remotas da formação do pensamento constitucional, essencialmente a partir dos trabalhos de ARISTÓTELES e CÍCERO e, igualmente, após ter-se localizado historicamente o surgimento do constitucionalismo, buscar-se-á verificar como esse movimento de limitação do poder político foi recepcionado pelo liberalismo e aperfeiçoado pelo iluminismo.<sup>64</sup> O fato é que o pensamento constitucional vai-se estruturar plenamente a partir da unificação dos três movimentos: o constitucionalismo, o liberalismo e o iluminismo. É então que se concebe o Estado Constitucional.<sup>65</sup> É preciso, portanto, ter presente que, se o que se busca é a compreensão da evolução histórica que leva à Teoria da Constituição, impõe-se continuar detalhando o processo que a constitui.

Para atingir tal objetivo, deve-se, inicialmente, compreender como se instaura essa nova ordem na cultura ocidental, ordem essa que, mesmo tendo uma origem revolucionária, permite, paradoxalmente, demonstrar uma continuidade com a Idade Média, no tocante, especialmente, à sua configuração política.

Com efeito, o advento de um novo modelo político para estruturar o Estado trouxe consigo uma nova fase de desenvolvimento do pensamento constitucional. Tal modelo manteve as características que já apresentava no medievo, acrescentando apenas uma nova forma que se desenhou através de instrumentos jurídicos e que tem no cerne a idéia de Constituição. Trata-se, agora, de uma discussão norteada por valores que emergem do modelo liberal –elaborado basicamente entre os séculos XVII e XVIII– de Estado e de sociedade, o qual tem,

---

<sup>64</sup> Essa relação é tão forte que alguns autores chegam a afirmar que toda experiência jurídico-política, nos orbes ocidentais, se reformula com o liberalismo e com o iluminismo (SALDANHA, 2000: 124). Esse momento histórico e político é fundamental, pois é possível afirmar que toda a Teoria Constitucional é fruto do pensamento liberal.

<sup>65</sup> Neste trabalho, é importante salientar que Estado Constitucional e Estado de Direito são tratados como sinônimos, apesar de algumas diferenças conceituais que alguns autores reproduzem.

na defesa da liberdade e do indivíduo, seus primados fundamentais. Conceituar, entretanto, o que se entende por liberalismo não é tarefa fácil. Nesse sentido, é sempre mais adequado descrevê-lo do que defini-lo. Para isso, optou-se por caracterizar o liberalismo, neste trabalho, através das obras de alguns importantes autores que formularam esse movimento político e moral. Com esses adjetivos, configuram-se ambas as dimensões do liberalismo. Assim, vai-se definir o liberalismo como uma aliança entre a lei e a liberdade, com o objetivo de estabelecer vários princípios que sustentam as instituições políticas, procurando dividir para limitar o poder político e/ou a autoridade, para garantir a liberdade. Nesse sentido, após apresentar a obra de Thomas HOBBS, autor que institui a fórmula moderna de contrato político, deverão ser analisadas as obras dos autores liberais propriamente ditos, ou seja, John LOCKE, MONTESQUIEU, J.J. ROUSSEAU e Immanuel KANT.

Além de dar continuidade à explicitação da maneira como, histórica e teoricamente, se constitui o pensamento constitucional, este capítulo pretende demonstrar, por outro lado, que todos os autores citados estão reunidos pela noção de contrato como fonte da obrigação política. Aliás, pode-se afirmar que a questão sobre as formas de governo e sobre a legitimidade do poder político constitui-se num debate histórico da maior relevância, sempre presente nas análises do liberalismo. Ainda que poucas referências a respeito da Constituição –como ela é entendida atualmente– sejam encontradas, pois ela continua a ser entendida como estrutura política do Estado, muito mais ligada, portanto, ao sentido aristotélico, a idéia de Lei Fundamental foi uma preocupação constante nesse momento histórico, com conseqüências importantes.

### 1.2.1 A instituição do Estado e de uma “justiça jurídica” a partir do medo: Thomas HOBBS e a fórmula do “estado de natureza”

A formação da teoria constitucional moderna e, em especial, da teoria constitucional liberal está diretamente ligada, na sua origem, à obra do filósofo inglês Thomas HOBBS. Inicialmente inspirado pelas questões políticas vinculadas à formação e desenvolvimento das repúblicas italianas, foi definitivamente influenciado –por ser espectador privilegiado– pela revolução gloriosa. Escreveu, assim, a maioria de sua obra durante os distúrbios políticos de uma Inglaterra preocupada em fundamentar e assegurar a continuidade do poder do parlamento. HOBBS (1997) acabou por se tornar conhecido pela sua obra magna, o *Leviatã*, referência direta ao monstro bíblico do livro de Jó que sufoca as revoluções intestinas com sua barbatana descomunal.

Nesse livro, HOBBS desenvolve a sua teoria política a partir da idéia de que é possível derivar das paixões humanas ( vaidade, honra, glória, medo e esperança) a necessidade da paz e da segurança sob um governo comum organizado. Assim, por conta também da realidade histórica conturbada da Inglaterra no século XVII, sua obra está preocupada em pôr um fim ao processo de distúrbios sociais que acontecem naturalmente, quando os homens não estão sendo controlados por um poder político que os mantenha em respeito mútuo.

Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos contra todos. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar a batalha é suficientemente conhecida (HOBBS, 1997: 109).

Esse estado de coisas, extremamente prejudicial para a convivência humana, é chamado pelo autor também de ‘estado de natureza’, ou seja, levando em consideração a vida em sociedade, HOBBS levanta a hipótese de uma forma de existência social sem a intervenção do Estado, onde deveria existir, portanto, um constante temor e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária,

pobre, sórdida, embrutecida e curta. (HOBBS, 1997: 109) Nessa situação, em que ao Estado é cuidadosamente retirado todo e qualquer elemento cultural que permite a convivência, o caos imperaria, pois os homens estariam restritos à influência exclusiva de suas paixões e, através delas, por desejar ou poder desejar os mesmos fins, a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por todos, eles tornam-se inimigos (HOBBS, 1997: 108). E por querer a mesma coisa, os homens nesse 'estado de natureza' acabam esforçando-se para destruir ou dominar uns aos outros.

Seja como for, é fácil conceber qual seria o gênero de vida quando não havia poder comum a temer, através do gênero de vida em que os homens que anteriormente tinham vivido sob um governo pacífico, costumam deixar degenerar em guerra civil (HOBBS, 1997: 110).

Assim, HOBBS estabelece as bases para colocar o argumento propositivo característico da modernidade, que é a criação de um artifício que dê conta desta situação lamentável, em que o homem acaba se tornando o lobo do próprio homem. O diferencial moderno é que o autor inglês faz, inicialmente, com que o homem, oprimido pelo 'estado de guerra' constante, tenha como objetivo principal fugir da morte violenta que o espera a qualquer momento, pois, nessa situação, todos os homens são relativamente iguais. Ninguém pode esperar tirar vantagem do outro por conta de sua força ou sua inteligência, pois *quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro possa também aspirar, tal como ele* (HOBBS, 1997: 107).

Em segundo lugar, e por conta desse medo intrínseco, o homem toma decisões fundado na sua capacidade de arrazoar com precisão, pelo fato de ter que encontrar uma saída racional para a iminência da morte violenta. Assim, numa situação de opressão generalizada, na qual não é possível que exista o direito –por que, para HOBBS, o direito é que permitiria a liberdade– nem a justiça, o filósofo constrói o argumento fulcral para sua filosofia política, pois

desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça. (...) Outra consequência da mesma condição é que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o *meu* e o *teu*; só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo. É, pois, esta a miserável condição em que o homem realmente se encontra, por obra da mais simples natureza (HOBBS, 1997: 110).

Uma das necessidades centrais de instituir o direito –e, por conseguinte, a justiça– através das leis é a preservação da propriedade e da criação da liberdade de transacionar com a mesma, coisa virtualmente impossível sem um poder comum que garanta o respeito à mesma. O que imperaria no ‘estado de natureza’, deste modo, seria a lei do mais forte, já que um homem nesta situação pode virtualmente realizar qualquer ação contra qualquer um ou qualquer coisa.

E assim, é a partir desse conjunto de idéias que é apresentado o Estado como única possibilidade de convivência pacífica. Partindo de uma situação de desordem institucional, o homem tende natural e racionalmente a perceber que é necessária a existência do direito, de uma liberdade que é a ausência de impedimentos externos e, para tal, é necessário o estabelecimento de preceitos gerais que possam guiar a razão dos homens nesta conquista: buscar a paz, quando haja esperança de consegui-la e/ou defender-se por todos os meios possíveis (cfme. HOBBS, 1997: 114). Dessa lei fundamental que deriva da natureza dos homens, surge a segunda lei da natureza, que irá definir a possibilidade do Estado:

*Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo (grifo do autor) (HOBBS, 1997: 114).*

Ninguém deve se privar de seu direito a todas as coisas –único direito existente no ‘estado de natureza’, mas que não garante segurança a nada– a não ser que todos também o façam, estabelecendo o que KANT chamará posteriormente de imperativo hipotético, condicionado que está pela necessidade

da concordância irrestrita. Nesse sentido, HOBBS (1997: 123) acrescenta que a justiça se realiza somente quando é possível uma estabilidade tal que os homens possam cumprir os pactos que celebrarem, estabilidade que, de resto, só é alcançada quando os homens transferem os direitos que, quando conservados consigo, impedem a paz. Porém, apesar de a justiça ter sua origem na celebração dos pactos e significar exatamente o cumprimento de um pacto,

para que as palavras 'justo' e 'injusto' possam ter lugar, é necessária alguma espécie de poder coercitivo, capaz de obrigar igualmente os homens ao cumprimento de seus pactos, mediante o terror de algum castigo que seja superior ao benefício que esperam tirar do rompimento do pacto, e capaz de fortalecer aquela propriedade que os homens adquirem por contrato mútuo, como recompensa ao direito universal a que renunciaram. E não pode haver tal poder antes de erigir-se um Estado (HOBBS, 1997: 123).

A partir desses elementos, bastante diversos do que até a idade média se havia pensado sobre os fundamentos da sociedade organizada –quase sempre pensamentos vinculados à idéia de ARISTÓTELES de que o homem é um animal social e de que a justiça é a vontade constante de dar a cada um o que é seu– é que podemos colocar HOBBS como um dos autores centrais do pensamento moderno e também como um teórico nuclear na construção do ideário liberal que vai estabelecer os princípios do constitucionalismo moderno.

De qualquer sorte, não são todos os direitos existentes em geral antes do pacto que o homem transfere ou abandona para ser possível a instituição do poder organizado.

Em primeiro lugar, ninguém pode renunciar ao direito de resistir a quem o ataque pela força para tirar-lhe a vida, dado que é impossível admitir que através disso vise a algum benefício próprio. O mesmo pode dizer-se dos ferimentos, das cadeias e do cárcere, tanto porque desta aceitação de que outro seja ferido ou encarcerado, quanto porque é impossível saber, quando alguém lança mão da violência, se ela pretende ou não provocar a morte. Por último, o motivo e fim devido ao qual se introduz esta renúncia e transferência do direito não é mais do que a segurança da pessoa de cada um, quanto a sua vida e quanto aos meios de preservá-la de maneira tal que não acabe por dela se cansar. Portanto, se através de palavras ou outros sinais um homem parecer despojar-se do fim para que estes sinais foram criados, não deve entender-se que é isso que ele quer dizer, ou que é essa a sua

vontade, mas que ele ignorava a maneira como essas palavras e ações irão ser interpretadas (HOBBS, 1997: 115).

Assim, instituída a possibilidade da existência de uma vida em sociedade, o homem não está de todo submisso ao Estado em todas as regras que este por ventura estabeleça. Pode-se dizer que o poder soberano instituído tem de fato “carta branca” para realizar suas finalidades nucleares que são manter a paz e proporcionar segurança jurídica nas transações –e aqui está o conceito hobbesiano de justiça– mas é fato também que os homens ainda continuam cuidando racionalmente de sua preservação ante o poder central que os controla. Apesar de serem efetivamente autores do poder comum que os governa, os homens sempre estão, dentro do Estado instituído, inicialmente vinculados à uma posição individualista de auto-proteção. A ordem social é mantida independentemente desta posição central de preservação da individualidade física e jurídica, pois, ao fundar o Estado através de um pacto, *cada um se obriga a ajudar o soberano na punição de outrem, mas não na sua própria. (...) Fica assim manifesto que o direito de punir que pertence ao Estado (isto é, àquele ou àqueles que o representam) não tem seu fundamento em qualquer concessão ou dádiva dos súditos* (HOBBS, 1997: 235).

Por último, vale salientar que a vida em sociedade, ao possibilitar o gozo seguro dos bens e instituir a liberdade enquanto liberdade negativa (ausência de oposição), estabelece também o sentido cultural na interpretação individual do mundo, possibilitando a justificação de práticas de dominação e arbitramento simbólico (SANTOS, 2000: 100). Assim, um dos elementos nucleares para a manutenção e sobrevivência do Estado é a necessidade de subordinação de um sujeito que seja dispensado de pensar a política privadamente, a não ser individualmente através da regulação das paixões e das ações realizada oficialmente (SANTOS, 2000: 101). O sujeito jurídico só é considerado como tal à medida em que se submete às pretensões de racionalização da vida política, levadas a cabo pelo poder soberano. Como instrumentos necessários à realização desse intento, têm-se a manutenção da religião –subordinada ao Estado– e da própria “ciência da política”, como o discurso racional que permite elidir os

discursos paralelos que porventura apareçam e coloquem em risco a ordem instituída. O próprio discurso da política aparece em HOBBS como integrante de um processo de evangelização social e cultural determinado pela necessidade da manutenção da paz e da ordem justa, instituída pelo direito.

### 1.2.2 Contato e constituição: o constitucionalismo liberal de John LOCKE e o contratualismo democrático de J.J. ROUSSEAU

A teoria de John LOCKE coincide com a Revolução Gloriosa de 1688 e com o descoroamento do último Stuart na Inglaterra, o rei James II. É um momento marcado pelo triunfo econômico da burguesia anglo-saxônica, bem como pela tentativa de consolidação do Estado liberal como reação à possível instauração de um Estado absoluto. A obra desse autor representa a racionalização de todo o constitucionalismo desenvolvido no medievo inglês, ao mesmo tempo em que traz inúmeras inovações, uma vez que seu trabalho

está inteiramente construído segundo a sintaxe do constitucionalismo clássico, que tem na cultura européia dos seiscentos sua máxima expressão. É isso que permite a uma obra, surgida por um motivo ocasional e para um fim contingente, chegar a ser um clássico, alcançando sua dupla finalidade: por um lado, oferecer um fundamento teórico mais sólido ao constitucionalismo inglês; por outro, converter a Constituição inglesa em um modelo de organização do poder civil para toda a Europa (MATTEUCCI, 1998: 128)<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> *está enteramente construída según la sintaxis del constitucionalismo clásico, que tiene en la cultura europea del seiscientos su máxima expresión. Esto es lo que permite a una obra, surgida con un motivo ocasional y para un fin contingente, llegar a ser un clásico, alcanzando su doble fin: por un lado, el ofrecer un fundamento teórico más sólido al constitucionalismo inglés; por otro convertir la Constitución inglesa en un modelo de organización del poder civil para toda Europa.*

Assim sendo, é possível inserir a teoria desenvolvida por LOCKE na tradição constitucionalista de seu país e também afirmar que o *Segundo tratado sobre o governo civil* representa a racionalização de toda a memória histórica inglesa, que se caracteriza pela tentativa de impor limites ao poder político, e, ainda, *pode ser considerado como a primeira e mais completa formulação do Estado Liberal. É um dos três ou quatro livros decisivos na história do pensamento político moderno. Sua importância está na clara solução que dá aos problemas que haviam sido debatidos naquele século, muito rico em disputas e lutas políticas na Inglaterra* (BOBBIO, 1997: 37).

No entanto, é preciso constatar que a contribuição de LOCKE ao movimento constitucionalista do século XVII traz não só o legado do seu tempo, como também uma herança medieval que perpassa sua obra, em especial, através da filosofia de HOOKER.<sup>67</sup> Pode-se afirmar que, se o que os aproxima é a idéia de responsabilidade política do rei e do parlamento, na prática o que irá diferenciar o constitucionalismo moderno de LOCKE do constitucionalismo medieval de HOOKER é a idéia de racionalidade, sustentada na força da lei natural, como fundamento das leis do país. A lei da natureza deve ser muito bem assimilada para que se compreenda o sentido de racionalidade nela contida. A lei natural, na acepção que o autor lhe atribui, tem sua origem na vontade divina, que se revela aos homens a partir da razão. Embora soe paradoxal, trata-se de uma idéia fundamental, uma vez que é a partir dessa questão que o autor infere a idéia de que todos os homens são livres e iguais entre si, na medida em que são obras de Deus. Aparece, assim, na esteira de HOBBS,<sup>68</sup> a indisponibilidade do direito à vida, que, na condição de direito natural, não pertence aos homens, mas a Deus.

Distintamente do direito à vida, o direito à propriedade surge de uma atividade pessoal do indivíduo, e esta atividade é o trabalho (BOBBIO, 1997:38) Como diz LOCKE (1998: 409),

cada homem tem uma propriedade em sua pessoa e a esta ninguém tem o direito a não ser ele mesmo. O trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado em que a natureza o deixou, mistura-se a ele

<sup>67</sup> Sem o objetivo de esgotar a discussão sobre o constitucionalismo na Idade Média, limitamo-nos à apresentação, sobre o assunto, da obra de BRACON, por nos parecer a que melhor o resume. Mas, ao abordar o constitucionalismo de LOCKE, faz-se necessária uma remissão a HOOKER, cuja idéia de liberdades pré-existentes como fundamento para a limitação do poder político serve também de apoio às idéias liberais. HOOKER traz uma tese assaz tradicional, que sustenta ser a sociedade um organismo vivo e completo, cuja concepção representa uma totalidade autônoma. Assim sendo, a sociedade rejeita vontades alheias, para buscar apoio, sobretudo, nos costumes e na representação política conjunta. Isso aparece em LOCKE, quando afirma que o fim do governo não é o fim do Estado. Outra questão relevante da obra de HOOKER é a idéia da razão que é medida pela tradição e pelo desenvolvimento histórico, em que sempre encontra fundamento. O último dos três aspectos de maior influência de HOOKER na obra de LOCKE, envolve a figura do rei. Embora seja uma figura maior, pode ser julgado quando estiver envolvido em questões pessoais, o que aponta para o que será a responsabilidade jurídica do rei.

<sup>68</sup> A indisponibilidade do direito à vida aparece, pela primeira vez na história, no modelo contratualista de Thomas HOBBS. Para esse autor, o direito à vida representa a única possibilidade de resistência individual ao poder político.

com seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-o em sua propriedade<sup>69</sup>.

A origem do direito à propriedade encontra-se, portanto, no estado de natureza.<sup>70</sup> Este seria um estado de perfeita liberdade no qual todos estão inseridos, liberdade que permite aos homens *regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem* (LOCKE, 1998: 382). Dessa forma, os homens estão comprometidos unicamente com a lei da natureza, *que a todos obriga; e a razão, em que essa lei consiste, ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a vida de outrem em sua saúde, liberdade ou posses* (LOCKE, 1998: 384).<sup>71</sup>

No estado de natureza impera a liberdade natural e, sendo naturalmente livre, todo homem tem o direito de dispor de sua pessoa sem sujeitar-se ao arbítrio de outrem, desde que de acordo com a lei natural, pois *a liberdade consiste em estar livre de restrições e de violência por parte dos outros, o que não pode existir onde não existe lei* (LOCKE, 1998: 433). Além de um estado de liberdade, o estado de natureza é também um estado de igualdade,

em que é recíproco todo poder e jurisdição, não tendo ninguém mais que outro qualquer – sendo absolutamente evidente que criaturas da mesma espécie e posição, promiscuamente nascidas para todas as mesmas vantagens da natureza e para o uso das mesmas faculdades, devam ser iguais umas às outras, sem subordinação ou sujeição (LOCKE, 1998: 382).

<sup>69</sup> Percebe-se, assim, que LOCKE reduz a idéia de propriedade à possibilidade de fazer, muito mais do que à possibilidade de ter. Para o autor, a propriedade é o trabalho. É um conceito genérico, que envolve a vida, a liberdade e os bens.

<sup>70</sup> Segundo MATTEUCCI (1998: 134), *la descripción del estado de naturaleza es, para LOCKE, esencial para entender la verdadera naturaleza del poder político, su estructuración y sus límites. Es un estado de perfecta libertad de hacer en el ámbito de la ley de la naturaleza, de completa independencia de cualquier voluntad, ajena y de completa igualdad: todos tienen un 'derecho' natural a la vida, a la libertad y a aquellas cosas que se procuran con el trabajo.*

<sup>71</sup> A idéia de uma lei natural, anterior a todos os sistemas políticos, e independente deles, e que o homem reconhece por intermédio de sua razão, remonta aos tempos de CÍCERO, atravessa a Idade Média, e estabelece uma ordem moral com autoridade superior às leis positivas, ou, pelo menos, colabora para a sua criação através do pacto político.

Essa condição de igualdade deve ser bem esclarecida, pois se refere à igualdade perante a lei natural, compreendida na sua justa medida, como sendo o direito igual que todo homem tem à sua liberdade natural, sem estar sujeito à vontade ou autoridade de nenhum outro homem (LOCKE, 1998: 432). Ainda sobre o estado de natureza lokeano, pode-se afirmar que o uso da razão, e somente ela, garantirá a paz à comunidade, pois a falta de um juiz independente gera uma situação de insegurança. LOCKE aponta essa questão como sendo o maior inconveniente do estado de natureza. Considerando todos os homens iguais entre si, admite-se que tenham as mesmas possibilidades e potencialidades; isso permite que cada um possa tornar-se senhor e juiz do outro e, como os indivíduos tendem a agir em causa própria, o estado de natureza pode vir a tornar-se um estado de guerra. Embora se deva considerar que o estado de natureza não é um estado de guerra, também se deve admitir que este pode estar no estado de natureza. Nas palavras de LOCKE (1998: 396), *a ausência de um juiz comum dotado de autoridade coloca todos os homens em estado de natureza; a força sem direito sobre a pessoa de um homem causa o estado de guerra, havendo ou não um juiz comum*<sup>72</sup>. Assim, não havendo qualquer poder superior, qualquer indivíduo pode ser o executor de uma sentença no estado de natureza,

pois cada um é juiz em causa própria e visa, quando ofendido, vingar a ofensa de maneira desproporcionada. Disso deriva que o estado de natureza, o qual deveria ser um estado de paz perpétua, transforma-se num estado de guerra. E é para sair do estado de guerra, no qual acaba por reinar somente a força, que os homens constituem o estado civil (BOBBIO, 1997: 38).

Os inconvenientes do estado de natureza levam os indivíduos a associar-se e a estabelecer uma lei comum e um poder ao qual apelar em caso de desobediência,

<sup>72</sup> A caracterização do estado de natureza deve ficar clara, pois é a base que servira a LOCKE para justificar a organização dos poderes na sociedade política e a estrutura constitucional do liberalismo. Faz-se necessário lembrar que o autor oscila entre a existência de dois ou três poderes, sem defini-los claramente, e, em certos momentos da obra, destaca-se o poder legislativo e o poder executivo. A este último, LOCKE atribui o poder de julgar a desobediência à lei, considerando-o também como o poder capaz de executar a lei da natureza.

pois sempre que houver dois homens que não tenham uma regra estabelecida e um juiz comum a quem apelar na Terra, para determinar as controvérsias de direito entre eles, esses homens se encontrarão no estado de natureza e sob todos os inconvenientes deste. (LOCKE, 1998: 462) *E inversamente*, sempre que qualquer número de homens estiver reunido numa sociedade de modo que cada um renuncie ao poder executivo da lei da natureza e o coloque nas mãos do público, então, e somente então, haverá uma sociedade política ou civil (LOCKE, 1998: 460).

O estado civil serviria, pois, fundamentalmente, para evitar os inconvenientes do estado de natureza, a ausência de uma lei fixa estabelecida e conhecida por todos, a falta de um juiz imparcial e a carência de um poder para sustentar a execução da sentença. Ao saírem do estado de natureza, os homens, sem renunciar a esses atributos, confiam a liberdade, a igualdade e o poder executivo de cada um, existentes no estado de natureza, ao estado civil. A idéia de transferência é essencial: a liberdade, a igualdade e o poder executivo serão assegurados em conformidade com as leis positivas do Estado. Para sair do estado de natureza, é necessário, contudo, um pacto específico, concretizado por indivíduos racionais e fundado no consenso, que tenha como finalidade primordial a formação de uma sociedade civil. Esse contrato fará desaparecer a liberdade e a igualdade naturais e garantirá a emergência do estado civil, que terá a função de recolocar a questão da liberdade e da igualdade em outros termos, ou seja, sob o signo dos direitos políticos, que tornam o indivíduo apto a decidir politicamente o destino do Estado. O contrato garantirá, também, a tutela de um magistrado, que julgue e execute imparcialmente a lei da natureza, e de um poder que governe conforme as leis estabelecidas, atendendo, finalmente, à velha pretensão da *iurisdictio*, que aparece reabilitada no liberalismo através de um poder limitado pelo direito.

Na sociedade política busca-se, também, criar um poder que decida quais direitos advindos do estado de natureza devem ser conservados no estado civil. Será a função do poder legislativo: reconhecer os direitos naturais e criar leis visando à sua preservação. É o que afirma LOCKE (1998: 503), quando pondera que,

sendo o principal objetivo da entrada dos homens em sociedade eles desfrutarem de suas propriedades em paz e segurança, e estando o principal instrumento para tal nas leis estabelecidas naquela sociedade, a lei positiva primeira e fundamental de todas as sociedades políticas é o estabelecimento do poder legislativo – já que a lei natural primeira e fundamental, destinada a governar até mesmo o próprio legislativo, consiste na conservação da sociedade até onde seja compatível com o bem público.

Embora o legislativo seja sempre o poder supremo –quase sagrado–, LOCKE resgata, através dele a *iurisdictio*, quando afirma que ele não pode ser um poder arbitrário sobre a vida e a propriedade, pois nenhuma autoridade, ainda que legislativa, pode governar extrapolando os limites impostos pelo direito natural nem julgar seus destinatários por qualquer outro meio que não a lei. De fato, o poder legislativo, apesar de ser supremo, é limitado na filosofia política de LOCKE, já que, sendo ele um poder delegado pelo povo, não pode outorgá-lo a ninguém, pois não se pode transferir mais poder do que realmente se possui.

Neste momento, é possível afirmar que uma das suas principais contribuições à Teoria da Constituição é a existência de um poder constituinte distinto de um poder constituído.<sup>73</sup> Para justificar tal assertiva, é preciso verificar que, em LOCKE, o poder legislativo é um poder limitado pelo próprio contrato social, que funda, como já foi dito, o próprio poder legislativo, ou a primeira lei fundamental e positiva de um Estado. Assim, o poder legislativo se faz como verdadeiro poder constituinte, apontando para a base teórica para uma distinção hierárquica entre normas constitucionais e normas legislativas, a qual está implicitamente traçada (MATTEUCCI, 1998: 135).<sup>74</sup>

Isso equivale a dizer que o legislativo deve governar segundo regras estabelecidas e promulgadas, conhecidas por todos, e que não podem variar nos casos particulares, pois, se assim não fosse, o povo estaria vivendo em situação pior que no estado de natureza. Finalmente, cabe afirmar que esse poder também é limitado pelos direitos naturais, pois, sendo a conservação de tais direitos a

<sup>73</sup> A idéia de poder constituinte diferente de poder constituído terá um desenvolvimento maior e será obra de SIEYÈS.

<sup>74</sup> *la base teórica para una distinción jerárquica entre normas constitucionales y normas legislativas que está implícitamente planteada.*

principal causa de os homens entrarem no estado civil, o poder legislativo não pode violá-los.

O poder executivo é também um poder natural, pois já existia no estado de natureza e estava depositado nas mãos de cada homem e, da mesma forma que o legislativo, não pode ser arbitrário. Sua função específica consiste em executar as leis emanadas do legislativo, ao qual ele está subordinado. Pela análise da estrutura e da função do poder executivo, destacam-se várias evidências a considerar. A primeira delas é a idéia de uma estrutura de poder dividida, porém, verticalizada, de forma a encontrar o poder fundante nas mãos do povo; é esse poder fundante que *constitui o poder dos poderes constituídos*: o legislativo. Somente então surge o poder executivo, já que,

embora numa sociedade política constituída, assentada sobre as suas próprias bases e agindo de acordo com sua própria natureza, ou seja, para a preservação da comunidade, não possa haver mais de um único poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os demais devem ser subordinados, contudo, sendo ele apenas um poder fiduciário para agir com vistas a certos: cabe ainda ao povo um poder supremo para remover ou alterar o legislativo quando julgar este contrariamente à confiança nele depositada (LOCKE, 1998: 513)<sup>75</sup>.

A segunda questão a ser levantada é a existência de um poder extraordinário contido dentro do poder executivo –denominado de poder federativo– que está concentrado nas mãos do príncipe e que lhe permite declarar a guerra e estipular a paz. Por suas características, o autor considera o poder federativo um poder exterior em oposição ao poder executivo, considerado um poder interior. O poder federativo levanta uma objeção importante ao pensamento

---

<sup>75</sup> Quando LOCKE coloca explicitamente a questão da subordinação do executivo ao legislativo e deste ao povo, podem-se perceber duas questões importantes. A primeira delas é fruto da herança medieval, principalmente de HOOKER, pois o autor do *Segundo tratado sobre o governo civil* deixa transparecer sua concepção orgânica de sociedade, ainda que subjacente à idéia de um individualismo crescente: a dissolução tanto do parlamento quanto do governo não levam à dissolução da sociedade, e sim à revolução, deixando transparecer um caráter altamente conservador. *La teoría de la revolución de LOCKE muestra aquí su vertiente conservadora y no revolucionaria: la acción del pueblo sirve para restablecer el viejo orden legal violado y no para instituir un orden nuevo. En realidad no se vuelve nunca al estado de naturaleza y la sociedad continúa y puede actuar como soberana; en definitiva, la revolución sirve para establecer la legalidad* (MATTEUCCI, 1998: 140).

do autor. pois, sendo um poder sem limites ao poder político, deixa entrever uma retomada, ainda que sutil, do *gubernaculum*, pondo em risco o sistema constitucional construído pelo autor. A terceira (e última) objeção relevante à teoria dos poderes é a ausência do poder judiciário, constituído de forma independente como o legislativo e o executivo. Ainda que, a todo momento, o autor faça referência à necessidade de um poder imparcial para julgar conforme a lei, ele o situa diluído entre o legislativo e o executivo, escamoteando a importância capital que sua própria obra sugere que tem. Essa ausência estaria justificada, segundo LOCKE, pela própria *iurisdictio*, que impõe limites aos outros dois poderes através de sua constituição e seus princípios, pois impede que um dos poderes concentre, isoladamente, a possibilidade de julgar, devendo cada um efetuar essa tarefa quando o outro extrapolar as suas funções, o que garantirá a segurança dos indivíduos.

Deve, porém, ficar claro que as ressalvas efetuadas à teoria de LOCKE não invalidam a contribuição decisiva do autor ao constitucionalismo. É, sem dúvida, a sua fidelidade ao passado que o compele a produzir esses deslizes. A sua visão de sociedade, contudo, produz uma das maiores transformações da história constitucional, ao vincular a força criadora da razão a um projeto constitucional que tem como cerne a garantia da liberdade, dos direitos naturais e a criação de poderes políticos para a consecução desse projeto. Ressalta-se, porém, como diz SALDANHA (2000: 59), que não existem em *LOCKE maiores referências à constituição, mas sem dúvida suas concepções sobre os poderes, as formas de governo e as relações entre mando e garantias são uma teoria da constituição inglesa*. Essencialmente, pode-se dizer que, ao aliar a tradição constitucionalista medieval com a idéia de lei como garantia da liberdade, LOCKE revê, de forma brilhante, as bases do constitucionalismo moderno, ligando-o, então, de forma inexorável, ao liberalismo. Sua influência foi enorme, principalmente na França, onde, a partir de ROUSSEAU e MONTESQUIEU, vai aparecer uma experiência distinta da inglesa, pois se trata de uma experiência revolucionária.

De fato, a Revolução de 1688 e a publicação das obras de LOCKE suspendem temporariamente a reflexão sobre a filosofia política que se estendera

durante meio século, na Inglaterra.<sup>76</sup> Portanto, como se pretende, neste momento, dar continuidade à elucidação dos fundamentos históricos e filosóficos da Teoria da Constituição, é preciso *cruzar o Canal da Mancha* para verificar em que medida outros três grandes contratualistas influenciaram a configuração atual da Teoria Constitucional.

Pode-se considerar, a esse respeito, J.J. ROUSSEAU (1999) um dos mais polêmicos autores dessa época. Com seu trabalho, o autor francês revolucionou o modo de pensar da teoria política moderna, ao se contrapor ao projeto da ilustração que dominava até então a forma de conceber o mundo. O autor aponta para o fato de que a modernidade não conseguiu emancipar o homem das mazelas impostas pela sociedade –principalmente a degradação moral–<sup>77</sup> comprovando que a modernidade não conseguiu cumprir suas promessas. Para atingir a extensão da obra de ROUSSEAU, faz-se necessário apresentar os elementos que a compõem. Inicia-se, então, pela concepção de homem, para, a partir daí ir assoalhando o pensamento do autor.

O homem natural seria, para ROUSSEAU, um animal moralmente privilegiado, que, no entanto, tem como única preocupação a sobrevivência; leva, na concepção do autor, uma vida isolada no seio da natureza. Esse homem solitário age seguindo unicamente seus instintos e, pondera o autor, não é digno de confiança, pois pode ser facilmente corrompido quando entra em sociedade e começa a tomar contato com outros homens.<sup>78</sup> Por outro lado, não deixa de considerar que, fora da comunidade, os homens não teriam qualidades morais e que, apesar de a sociedade e a força o terem corrompido, sua natureza moral permanece a mesma. Trata-se, então, de encontrar uma ordem distinta da então

---

<sup>76</sup> Esse período fértil iniciou-se com os trabalhos de HOBBS e chegou até LOCKE. Após esse período, a Inglaterra entra num período de calma e relativo conservadorismo, até o final do século XVIII com a supereminência dos trabalhos de David HUME e Edmund BURKE.

<sup>77</sup> A corrupção moral dos homens dá-se quando aparece a necessidade de colaboração entre eles e, então, passam a vislumbrar a sociedade como forma de satisfação das suas finalidades. Entretanto, segundo o autor, ao surgir esse tipo de associação, o homem natural, que se encontra na origem da sociedade, desaparece e, dessa forma, sua índole moral se degrada.

<sup>78</sup> Nessa situação, o homem deixa de ser um indivíduo isolado, para ser um homem inserido na sociedade, onde perde suas características naturais. Segundo ROUSSEAU, o que obriga os homens a viver em sociedade é a propriedade privada.

vigente, na qual possa (re)estabelecer a liberdade que perdeu e assegurar seus direitos.<sup>79</sup>

Busca o filósofo, acima de tudo, compensar os danos que o homem natural sofreu quando passou a viver em sociedade, construindo uma ordem que permita o surgimento de um homem moral. Pode-se dizer que a questão central, para o autor do *Contrato Social*, é encontrar uma fórmula que, levando em consideração a verdadeira natureza do homem, consiga emancipar o homem da força e estabelecer um projeto político –e constitucional– para o futuro. A partir da constatação de que o homem é naturalmente bom e que a sociedade o corrompe, ROUSSEAU aponta para dois caminhos possíveis. O primeiro é o que se conhece até o momento, ou seja, o de se ter uma sociedade fundada na força como sendo a extensão da natureza do homem; o segundo seria um novo modelo de sociedade civil fundada num pacto social que tornaria possível a reconstrução da natureza moral do homem. Segundo o autor, entretanto, o modelo fundado na força não constitui nenhuma fonte de apoio ao exercício de um poder legítimo, capaz de manter a obediência dos seus componentes. Esse tipo de associação nada mais é do que um estado de mútua dependência entre os homens, em que a maioria deles se vê obrigada a renunciar à sua própria vontade e trabalhar em benefício de terceiros, visando unicamente à autoconservação e ocasionando, assim, sua degradação moral. O fundamental é compreender que, para o autor, homem algum tem autoridade natural sobre seus semelhantes e que a força não produz nenhum direito (ROUSSEAU, 1999: 13).

De tudo o que foi dito até aqui, depreende-se que, para ROUSSEAU, o uso da força como sistema de manutenção de poder produz mais inconvenientes do que garantias, o que leva a supor que os homens tenham chegado

---

<sup>79</sup> ROUSSEAU foi fortemente influenciado pelos antigos, sobretudo no que diz respeito à capacidade dos indivíduos de governar-se a si mesmos. Para ele, as Cidades antigas tinham a vantagem de ser pequenas, eram governadas pelo povo. A solução que o autor vai propor visa a melhorar a compreensão da Cidade antiga. A sociedade civil deve abandonar os vícios privados para o bem de todos. E vai além: o autor deseja buscar uma nova fonte de legitimidade. Assim, apesar de influenciado pelos antigos, une-se aos modernos para negar que o homem seja político por natureza. ROUSSEAU utiliza-se de um esquema geral tirado de PLATÃO. A sujeição é ética e somente mais tarde torna-se uma questão de política ou de direito. Afirma também que a comunidade é a única capaz de realizar os valores éticos e morais do cidadão.

àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, pela sua resistência, as forças de que cada indivíduo dispõe para manter-se nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode resistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser (1999: 20).

A única saída seria, então, um governo de caráter distinto, que, portanto, não poderia ser obtido nessas condições, já que a força não produz moralidade. Restam, então, as convenções como fonte de toda autoridade.

Na busca desse objetivo, ROUSSEAU passa a rever o caráter das convenções até então propostas, as quais, além de não emancipar, aprisionavam o homem, pois tinham como base uma falsa convenção –que se supunha ser derivada do estado de natureza– já que, para o autor, desse estado não poderia jamais resultar o direito de escravizar outro homem.<sup>80</sup> Portanto, partindo dessas premissas, o autor procura *encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes* (ROUSSEAU, 1999: 20). Essa nova forma de associação deve estar pautada em convenções que não remetam ao uso da força e que, fundamentalmente, comprometam todos os seus membros de forma igual entre si, o que somente poderá ser alcançado quando cada membro da comunidade alienar totalmente os seus direitos em favor de todos e de si mesmo. Esse é, para ROUSSEAU, um ato de associação que produz a passagem do estado de natureza para o estado civil. Com essa passagem, acredita o autor que se produzirá no homem uma mudança, substituindo o instinto pela justiça e dando-lhe a moralidade que lhe faltava. Fundamentalmente, pode-se dizer que o homem, ao abandonar a liberdade natural, adquire a liberdade moral, *a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si, porquanto o impulso do mero apetite é escravidão, e a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é liberdade* (ROUSSEAU, 1999: 26). Assim, ao ingressar na sociedade civil, o homem deixa

---

<sup>80</sup> Segundo ROUSSEAU (1999: 21), renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Não há recompensa possível para quem a tudo renuncia.

de ser apenas uma *besta bondosa* para tornar-se verdadeiramente um homem e passar a agir unicamente conforme a razão.

Além de transformar a natureza do homem, o contrato social forma imediatamente um corpo moral coletivo, cujos membros são tantos quantos aqueles que pactuaram em favor de sua constituição, ou seja, todos aqueles que deliberaram abandonar o estado primitivo no qual se encontravam para passar a viver conforme as regras da razão. Esse corpo político nada mais é do que o resultado da soma das vontades de todos os associados,<sup>81</sup> que Rousseau denomina de vontade geral. A vontade geral é formada pela reunião dos interesses públicos, desconsideradas as vontades particulares dos indivíduos, pois somente assim é possível estabelecer uma unidade entre eles, visando ao bem de todos. Decorre daí que o contrato somente pode ter como objeto as questões de interesse geral, que caracterizam o homem como cidadão. A vontade geral deverá

dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou.(...) Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada (ROUSSEAU, 1999: 24).

Pelo contrato social, o corpo político recebe de seus membros um poder absoluto, o que acaba por dar a esse corpo político o caráter de soberano.<sup>82</sup> Do fato de a soberania ser considerada um corpo absoluto, segue que ela é inalienável, pois, não sendo nada além do exercício da vontade geral, jamaís pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade

<sup>81</sup> Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado, e não passa de uma soma de vontades particulares (ROUSSEAU, 1999: 91). Para alcançar o verdadeiro enunciado da vontade geral, é preciso que não haja no Estado sociedade parcial e que cada cidadão só opine de acordo consigo mesmo.

<sup>82</sup> A idéia de soberania em ROUSSEAU (1999: 41) quer significar, inicialmente, que toda fonte de legitimidade está no povo, pois um ato de soberania não é uma convenção entre o superior e o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros: convenção legítima por ter como base o contrato social.

(ROUSSEAU, 1999:33). Os atos, portanto,<sup>83</sup> cuja titularidade pertencem à vontade geral, não podem ser delegados a ninguém, pois, caso isso viesse a ocorrer, passaria a ser a vontade pessoal de alguém.<sup>84</sup> A vontade geral também não pode ser representada, pois, para o autor, o governo representativo –ou qualquer outro tipo de representação política– debilita a vontade geral, que exige, para ser encontrada, que a maioria se manifeste de acordo com a recusa dos seus interesses particulares. A vontade geral somente pode ser detectada através de consultas constantes ao corpo dos cidadãos, os quais compõem o soberano, diretamente nas assembleias gerais ou, ainda, através do sistema majoritário. O soberano, nesse contexto é, ainda, indivisível, pois a idéia de vontade geral torna impossível a divisão de poder, permitindo apenas uma divisão de funções, que não podem ser confundidas com os atos praticados pelo poder soberano.<sup>85</sup>

A partir deste momento, é possível esclarecer que a manifestação primordial da vontade geral, como força soberana, encontra-se na lei.<sup>86</sup> Inicialmente, cabe à lei garantir a liberdade natural que o homem perdeu ao abandonar o estado de natureza e tornar possível a liberdade civil, obedecendo às leis que o homem impõe a si mesmo.<sup>87</sup> ROUSSEAU acredita que, dessa forma, o homem no estado social é mais livre que no anterior, pois, *se identificarmos a faculdade de fazer leis para si mesmo com o conceito de 'autonomia', poderemos dizer que o homem no estado civil é livre porque é autônomo* (BOBBIO, 1997: 48).

<sup>83</sup> O direito de fazer as leis.

<sup>84</sup> A forma específica de manifestação da vontade geral é a regra da maioria, e qualquer manifestação contrária à regra da maioria significa, nas palavras do autor, *a minoria se enganou* (ROUSSEAU, 1999: 130).

<sup>85</sup> As funções básicas são o poder legislativo, o poder executivo, a justiça, a guerra, que são apenas a aplicação de uma lei. O único ato de soberania reconhecido por ROUSSEAU é a elaboração da lei.

<sup>86</sup> O que é a lei, para ROUSSEAU? Ele mesmo responde que, quando todo o povo estatui algo para todo o povo, só considera a si mesmo e caso se estabeleça, então, uma relação será entre todo objeto sob um certo ponto de vista e todo objeto sob um outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Então, a matéria a qual se estatui é geral como a vontade que a estatui. A esse ato dou o nome de lei. (ROUSSEAU, 1999: 47)

<sup>87</sup> Surge, nesse momento, uma liberdade renovada e uma propriedade juridicamente garantida que substitui a posse. Segundo ROUSSEAU (1999: 24), *O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar. O que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui.*

A idéia de autonomia traz conseqüências importantes, sendo a principal a dupla relação que o indivíduo irá manter com o Estado. Encontrar-se-á, inicialmente, na posição de legislador, na medida em que é membro do corpo soberano e elabora as leis do Estado; entretanto esse mesmo indivíduo, na condição de associado, é sujeito da lei, à qual deve obedecer.

Decorre da idéia de lei a necessidade de abordar a competência legislativa, uma vez que cabe às leis mudar a natureza do homem, aniquilando as forças naturais que o governaram até então, dando-lhe, em contrapartida, uma existência moral.<sup>88</sup> Esse é o motivo primordial pelo qual a competência legislativa se torna um problema central, pois é nas leis que está centrada a transformação moral do homem. Dessa forma, a associação não pode delas prescindir, caso deseje desenvolver-se como sociedade civil. Por outro lado, as regras que irão reger tal sociedade devem ser adequadas desde o início do Estado, para evitar que a lei do mais forte se estabeleça, gerando os inconvenientes vividos até então. Essa obra magistral –a legislação– somente pode ser efetuada por um legislador extraordinário, que não tenha nenhum envolvimento com o povo e que não tenha nenhum poder de comando. Ao legislador cabe descobrir as regras apropriadas para cada povo, em harmonia com suas necessidades e características, através de uma ação racional, orientada para atingir a finalidade de qualquer legislação: possibilitar a liberdade civil bem como a igualdade, para amparar a liberdade.<sup>89</sup>

Pela análise dos trabalhos de ROUSSEAU, é possível comprovar que as suas principais contribuições à Teoria da Constituição estão no conjunto de seu sistema de pensamento. De fato, como se verá a seguir, ele pouco abordou, diretamente, aspectos relacionados com a Constituição. Para ROUSSEAU, a idéia do que se conhece atualmente por Constituição corresponde, em uma pequena medida, a sua concepção de Lei Fundamental, e, quando se refere a constituição propriamente dita, ele o faz no sentido aristotélico, querendo significar estrutura.

---

<sup>88</sup> Efetivamente, quanto mais destruídas forem as forças da natureza, mais forte e duradoura será a instituição da sociedade.

<sup>89</sup> O conceito de igualdade é o conceito de igualdade perante a lei, embora ROUSSEAU não abdique de um mínimo de igualdade material para garantir a liberdade.

O autor traz, contudo, algumas questões relevantes que merecem atenção no tocante a uma formulação do pensamento constitucional.

Inicialmente, ROUSSEAU atribui à Lei Fundamental a função primeira de regular a ação do Estado. Nesse tipo de lei, que o autor denomina lei política, estarão contidas as principais formas de organização política e social, sobretudo se forem ponderadas o suficiente para estabelecer um Estado moral desde o início. Para isso, segundo ROUSSEAU e contrariando os liberais amparados na tradição de LOCKE,<sup>90</sup> cabe ao direito positivo o estabelecimento dos direitos individuais reconhecidos pelo Estado. Neste momento o pensador francês se aproxima de HOBBS,<sup>91</sup> os direitos dos indivíduos são fixados a partir da formação do Estado, e não anteriormente, no estado de natureza.<sup>92</sup>

Além de, com essas concepções, marcar o início do positivismo, ROUSSEAU traz, ainda, outras contribuições importantes para a concretização do constitucionalismo. Tais contribuições atendem à necessidade de se estabelecerem alguns preceitos fundamentais que possam garantir a legitimidade dos procedimentos que se propõe regular. O primeiro deles diz respeito às deliberações sobre matérias consagradas na Carta Magna. Segundo ROUSSEAU (1999: 131),

quanto mais graves e importantes sejam as deliberações, mais se deve aproximar da unanimidade o parecer aprovado; segundo, quanto mais rapidez exige o assunto debatido, mais se deve restringir a diferença prescrita na divisão de pareceres, e, nas

<sup>90</sup> LOCKE procura estabelecer que o homem é livre antes e perante o Estado, ROUSSEAU vai preocupar-se com a liberdade do indivíduo dentro do Estado.

<sup>91</sup> Para o autor inglês, a questão residia em encontrar uma fórmula que permitisse fundar os direitos de liberdade e de propriedade. Para ROUSSEAU, esta problemática é um pouco distinta, pois que pensa na alienação total dos direitos através do contrato. ROUSSEAU vai apresentar, distintamente, várias semelhanças com o autor do *Leviatã*, Thomas HOBBS. Para ambos, há uma oposição radical entre o estado de natureza e o estado civil, no qual a subsistência de um impede a existência do outro. Para os dois, o contrato social é um ato de renúncia dos direitos. A notória diferença entre ambos encontra-se no que se obtém dessa renúncia. Para HOBBS, resulta um estado absolutista; para ROUSSEAU, resulta um estado democrático.

<sup>92</sup> Para esclarecer, considere-se a seguinte observação: *en tal contexto, el problema de las libertades públicas no adquiere el mismo relieve que en los pensadores liberales, puesto que ya no se trata de derechos anteriores a la existencia misma del Estado, sino de derechos fijados y reglamentados por el Estado. Es cierto que en la práctica, ROUSSEAU reconoce el valor de estas libertades. Sin embargo, menciona casos en los que la ley la limita en su calidad de guardiana de las costumbres* (JARDIN, 1997: 61).

deliberações a serem encerradas imediatamente, o excedente só de um voto deve bastar.

Além da questão do que hoje se conhece como *quórum constitucional*, o *Contrato Social* reflete sobre outra questão relevante que ainda hoje figura nas Constituições. Trata-se do estado de exceção, no caso de iminência de perecimento do Estado. Segundo ROUSSEAU, quando se corre o risco de que crises institucionais venham a degradar o Estado, essas mesmas instituições devem ser usadas para garanti-lo. A suspensão da autoridade legislativa, a implantação de uma autoridade suprema que suspenda por um momento a autoridade do soberano, não afasta a vontade geral.<sup>93</sup>

A título de ilustração, cabe salientar que, em duas ocasiões, ROUSSEAU foi convocado para elaborar um projeto de Constituição. Nas duas oportunidades, tentou aplicar seus princípios políticos. Numa delas, redigiu um projeto que visava a reformas nas instituições polonesas, tentando estabelecer, ainda que sem sucesso, uma participação conjunta entre cidadãos e camponeses. Mas, seu mais conhecido projeto foi o de uma Constituição para a Córsega, elaborada logo que ele para lá foi exilado. Esse texto expõe claramente sua rejeição aos princípios liberais típicos, criando um regime não mais que censitário.

---

<sup>93</sup> Ele já havia ponderado que *Se o perigo é de tal monta que o aparelho das leis constitua um obstáculo à sua garantia, nomeia-se então um chefe supremo que faça calar todas as leis e suspenda por um momento a autoridade soberana; em tal caso, a vontade geral não é duvidosa, e torna-se evidente que a primeira intenção do povo é que o Estado não venha a perecer* (ROUSSEAU, 1999: 142). *A inflexibilidade das leis, que as impede de se ajustarem aos acontecimentos, pode, em certos casos, torná-las perniciosas e determinar, por seu intermédio, a perda do Estado em crise* (ROUSSEAU, 1999:142).

### 1.2.3 Iluminismo e constituição: MONTESQUIEU e a teoria da separação dos poderes; entendimento e ilustração na obra de Immanuel KANT

Além de ROUSSEAU, outro grande autor trabalhou no sentido de consolidar o constitucionalismo liberal. Entretanto, e ainda que pareça uma ironia, uma das grandes contribuições francesas ao constitucionalismo da liberdade foi fruto da observação da Constituição britânica: MONTESQUIEU residiu por vários anos na Inglaterra e pôde perceber que os limites impostos ao exercício do poder da Coroa e das outras instituições insulares estavam ligados a uma forma de organização que se sustentava num sistema de freios e contrapesos em que o poder limitava o próprio poder.<sup>94</sup>

Com efeito, já na Constituição inglesa, MONTESQUIEU (1997) havia detectado a divisão dos três poderes distintos. Essa divisão é criada com base nas funções de um Estado, nas diferentes formas de conceber o seu exercício e nas necessidades desse mesmo Estado. Dessa forma, tem-se o poder legislativo, o poder executivo e o que ele chama *o executivo das que dependem do direito civil*, (ou) *simplesmente o poder executivo do Estado* (MONTESQUIEU, 1997: 201). Para o poder tornar-se despótico basta, unicamente, concentrar duas ou mais funções nas mãos de um único monarca.

Por outro lado, ainda que MONTESQUIEU parta desses pressupostos, suas considerações derivam da idéia de que, para assegurar o primado da liberdade, é preciso, acima de tudo, limitar o exercício da autoridade, evitando que esta se concentre nas mãos de um único soberano. Assim, muito mais do que estar preocupado com as problemáticas intrínsecas ou inerentes ao poder,

---

<sup>94</sup> Ainda que MONTESQUIEU tenha sido colocado aqui na condição de contratualista, sem que assuma explicitamente a questão do contrato, o autor abandona a teoria do pacto social, logo após fundamentar a formação da sociedade civil através do contrato social. Passa, assim, a ter uma postura eminentemente prática: verificar sob que condições constitucionais se pode realizar a liberdade e, ainda, expressar sua preocupação com os destinos da sua classe: a nobreza na França revolucionária.

MONTESQUIEU preocupa-se com as questões extrínsecas ou, em outros termos, com as condições de exercício do poder para garantir a liberdade. A questão do poder lhe parece, essencialmente, um problema *prático*, o que o liga definitivamente ao Iluminismo.<sup>95</sup>

A partir deste momento, já é possível apontar para uma interessante conjugação de princípios reunidos na obra de MONTESQUIEU:<sup>96</sup> além do Iluminismo reformista, a tradição política francesa e o liberalismo inglês. Da

---

<sup>95</sup> Século das Luzes é a denominação que a França dá ao seu século XVIII (cujos limites tradicionais vão de 1715 a 1815), durante o qual floresce o novo humanismo. Uma conclamação de KANT poderia defini-lo através desse emblema: tenha coragem de usar seu próprio entendimento. Eis a divisa das luzes. Ponto de chegada da corrente liberal, tão em voga no século XVIII, todo o movimento questiona Deus, o Estado, a sociedade e o homem, com a base única da razão, faculdade natural e instrumento privilegiado, capaz de arrastar a humanidade inteira em direção de um progresso indefinido e uma felicidade a que tem direito. A Enciclopédia, que leva o espírito crítico até os domínios da metafísica, da política e da moral, é a obra mais representativa desse esforço de síntese das idéias e de vulgarização de todos os ramos do conhecimento. Apesar de pontos de vista até bem diferentes sobre todas as questões político-filosóficas, filósofos do século XVIII (a elite esclarecida) têm em comum a desconfiança em relação à tradição e à autoridade, persuadidos todos de que o universo é regido por leis inteligíveis que o progresso da ciência e do homem permitirá entender (ROBERT, 1983:1913). Já em nossos dias, BOBBIO (1997: 605), resume bem o que entendemos por Iluminismo neste trabalho: *um movimento de idéias que tem suas origens no século XVII (ou até talvez nos séculos anteriores, notadamente no século XV, segundo alguns historiadores), mas que se desenvolve especialmente no século XVIII, denominado por isso 'século das luzes. Esse movimento visa estimular a luta da razão contra a autoridade, isto é, uma luta de 'luz contra as trevas'. Daí o nome de iluminismo. (...) Seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos. Não se deve esquecer (e aqui voltamos a um autor setecentista), que o homem é o termo único do qual é necessário partir e para quem tudo deve voltar (DIDEROT). Com efeito, a idéia central que move o Iluminismo é a idéia de progresso, substituindo o obscurantismo da religião pela força motora da razão, em favor da emancipação do homem. Ainda sobre o Iluminismo é possível afirmar que a relação entre o movimento iluminista e o liberalismo político é estreita, principalmente quando se percebe que ambos têm como sentido fundante a idéia de emancipar o homem da tirania política e religiosa, tão comum à época. Mas MERQUIOR (1989: 49) aponta uma diferença importante entre ambos, pois o pensamento do Iluminismo veio a coincidir com a maior parte dos ingredientes do credo liberal clássico, sem ser sempre liberal em termos estritamente políticos. Isso quer dizer que, embora um tenha se sustentado no outro, ambos mantiveram suas características essenciais, a serviço de seus respectivos projetos políticos, o que nos leva a afirmar que o Iluminismo não é liberal como um todo. A convergência é o pensamento de MONTESQUIEU. Isso aparece claramente quando o autor sinaliza para as reformas políticas, dando uma orientação prática às ações públicas, na tentativa de garantir a liberdade através da lei.*

<sup>96</sup> MONTESQUIEU, tal qual outros iluministas conhecidos, como BECCARIA que instituiu uma reforma no sistema penal, impondo limites às penas, ou KANT no âmbito da teoria do conhecimento e da ética, propôs uma teoria, que, longe das conjecturas relativas à origem e legitimidade do poder, fosse capaz de atender às reformas necessárias e representasse um avanço para a França. O Iluminismo, ao brindar o liberalismo com a idéia de progresso, abre as portas para a economia clássica, pois vai propagar que o comércio só prospera na liberdade. É mais: unicamente na liberdade civil e individual. Assim, através desse pensamento, vai-se ligar o liberalismo na sua acepção clássica ao liberalismo econômico.

tradição política francesa vem o medo de que se estabeleça definitivamente uma monarquia absoluta na França: do Iluminismo surge a necessidade de vislumbrar reformas práticas na forma do exercício do poder e, finalmente, do liberalismo inglês, a idéia de que a liberdade não é, por si só, uma virtude das instituições políticas, mas uma questão de poder, ou melhor, de limitação do poder. Tal pluralidade de fontes constitutivas leva o autor a insistir no que considera as duas dimensões do funcionamento das instituições políticas: sua natureza e seu princípio de governo. A natureza do governo é a forma que este assume, quer seja ele monárquico, republicano ou despótico.<sup>97</sup> Um governo republicano, diz MONTESQUIEU (1997: 45),

é aquele em que todo o povo, ou apenas uma parte do povo, tem o poder soberano; o monárquico, aquele em que uma só pessoa governa, mas por meio de leis fixas e estabelecidas; enquanto, no despótico, uma só pessoa, sem lei e sem regra, tudo conduz, por sua vontade e seus caprichos<sup>98</sup>.

Enquanto a natureza determina sua forma, o princípio é a força motora que faz o governo atuar. Esse princípio é a paixão, e, de acordo com a natureza do governo, temos, então, um princípio distinto ou uma forma distinta de paixão. Assim, são três os tipos de princípios a que MONTESQUIEU alude. Na monarquia, é a honra; na república é a virtude e, no despotismo, é o medo, sendo que só a virtude é propriamente política, pois representa o espírito cívico. Entretanto, é o governo despótico que constituiu a sua principal fonte de inspiração, pois é dele –ou do medo que inspira– que vai resultar a teoria da separação dos poderes.

O governo despótico é aquele em que não há poderes intermediários entre o rei e o povo e, portanto, segundo MONTESQUIEU, não deve ser confundido com a monarquia, já que esta, pela sua característica primordial –a de não excluir a nobreza enquanto poder político intermediário– se constitui num governo moderado. Fundamentalmente, o governo despótico consiste num governo

---

<sup>97</sup> Essas são as formas tradicionais já apontadas por ARISTÓTELES. Entretanto, não se pode desprezar sua presença na obra de MONTESQUIEU, pois é a partir delas que sua obra ganha originalidade, visto que vai usar dessa idéia aristotélica na defesa da liberdade.

<sup>98</sup> Segundo ele, *as leis, em seu significado mais amplo, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; a divindade tem suas leis, o mundo material tem suas leis, os animais têm leis, o homem tem suas leis* (MONTESQUIEU, 1997: 37).

assentado exclusivamente na arbitrariedade e no voluntarismo de quem exerce o poder, pois desconhece a existência de leis fixas às quais deveria estar sujeito.

A partir daqui, torna-se pertinente saber de que forma se pode controlar tal poder, evitando que o despotismo se estabeleça definitivamente, tendo como consequência a supressão da liberdade. O autor aponta, num primeiro momento, para um nexo de causalidade entre o medo do despotismo e a existência de limites ao poder político, como garantia da liberdade. É dessa relação, então, que surge a grande inovação de MONTESQUIEU: a previsão de um sistema de freios e contrapesos jurídicos entre as diversas partes de uma Constituição política, o qual seria a principal característica dos governos moderados, cujo bem jurídico tutelado é a liberdade. É o que esse sistema de freios e contrapesos assegurará efetivamente, pois *só o poder pode reprimir o poder*. Estabelecer esse sistema de freios e contrapesos é a função primeira de uma Constituição que deve ser virtuosa, pois *uma Constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite* (MONTESQUIEU, 1997: 200).

É importante, neste momento, que se esclareça que a liberdade, para MONTESQUIEU, tem uma acepção negativa.<sup>99</sup> Segundo ele, num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar (MONTESQUIEU, 1997: 200). A liberdade encerra ainda, segundo ele, uma dupla relação –com o cidadão e com a Constituição– pois se trata de uma virtude do governo, que precisa ser construída a partir da lei. Cabe ressaltar, ainda, que, para MONTESQUIEU, a liberdade também deve ser assegurada pelas leis infraconstitucionais, tais como as leis penais, que devem definir com clareza o tipo penal e devem também garantir a liberdade de religião.

A filosofia política –e constitucional– de Immanuel KANT pode ser apreendida a partir da apreciação de dois pequenos textos do ano de 1784, nos quais o filósofo alemão organizou suas idéias a respeito daquilo que deveria se

tornar o processo de constitucionalização ilustrada. São eles: *Idéia de uma história universal com um propósito cosmopolita* e *Resposta à pergunta: que é o iluminismo ?* (1995) A análise do fenômeno político-constitucional, na obra de KANT, somente pode ser completa com o acréscimo de sua reflexão mais específica sobre o direito público, contida no seu *Princípios metafísicos do direito* (1943), considerando-se especialmente o fato de que o autor é bastante influenciado por MONTESQUIEU e, principalmente, por ROUSSEAU.

Com efeito, é desse último que decorrem as principais influências na construção do pensamento político kantiano. Da mesma forma que o autor do *Contrato Social*, KANT (1995: 27) considera que a liberdade somente pode realizar-se numa sociedade cujos membros possam determinar-se conforme as leis por eles próprios elaboradas. Por conseqüência, é possível afirmar que é a preocupação com a concretização desse tipo de liberdade – que o autor denomina de liberdade civil – que coloca no centro do sistema kantiano as suas reflexões em torno da Constituição civil perfeitamente justa. Segundo KANT (1995: 27), cabe à Constituição maximizar essa liberdade e, paradoxalmente, limitá-la, para que não atinja a liberdade do outro, possibilitando a permanência do homem na sociedade. Para esse autor, cuja filosofia política segue de perto argumentos contratualistas desenvolvidos por Thomas HOBBS, *a necessidade é que constrange o homem, tão afeiçoado, aliás, à liberdade irrestrita, a entrar neste estado de coação.*

KANT parte da idéia de que no homem gravitam duas tendências naturais: uma delas é aquela que o leva a isolar-se, a viver unicamente por sua conta. A outra é aquela que o conduz a viver em sociedade. Esta última seria, então, uma tendência ineliminável e decisiva para a sociabilidade. Essas duas tendências são conflitantes entre si e tendem a dissolver a tendência à sociabilidade. Para que isso não venha a ocorrer, KANT acredita que a sociedade porventura existente deverá administrar seu próprio direito, impondo limites àqueles que se voltam contra ela. Segundo KANT (1995: 30), é a necessidade que

---

<sup>99</sup> A diferença entre a concepção positiva e negativa de liberdade será desenvolvida no item final deste capítulo. Pode-se adiantar, entretanto, que a concepção negativa de liberdade baseia-se no

leva o homem a aceitar esses limites. A solução da Natureza foi fazer com que os homens selvagens –assim como os próprios Estados em si– através de uma indesejável decisão a que se sentiram compelidos, saíssem do estado de necessidade em que se encontravam, renunciando à sua “liberdade brutal” e buscando a tranqüilidade e a segurança em uma constituição legal. Dessa forma,

por meio de guerras. do armamento excessivo e jamais afrouxado em vista das mesmas, da necessidade que, por fim, cada Estado deve por isso sentir internamente até em tempo de paz, a Natureza compele-os, primeiro, a tentativas imperfeitas e, finalmente, após muitas devastações, (...) ao intento que a razão lhes podia ter inspirado, mesmo sem tantas e tão tristes experiências, a saber: sair do estado sem leis dos selvagens e ingressar numa liga de povos, onde cada Estado, inclusive o mais pequeno, poderia guardar sua segurança e o seu direito, não do próprio poder ou da própria decisão jurídica, mas apenas dessa grande federação de nações (Foedus Amphictyonum), de uma potência unificada e da decisão segundo leis da vontade única (KANT, 1995: 30).

O paradoxo desse modelo de contratualismo, que encontra um paralelo direto no *Leviatã* de HOBBS, é que somente quando o homem –ou o Estado– se encontra constrangido pelo claro limite que lhe impõe a constituição civil, é que as inclinações anti-sociais, brutais e guerreiras produzem o melhor resultado para a humanidade. Nesse sentido, argumenta KANT, em parte pelo melhor ordenamento possível da constituição civil no plano interno, em parte por um acordo e legislação comuns no campo exterior, erige-se um estado que, semelhante a uma comunidade civil, *se possa manter a si mesmo como um autômato* (KANT, 1995: 30-1).

Num segundo momento de seu pensamento político, o filósofo alemão irá desenvolver a explicação fundante da sociedade em moldes propriamente jurídicos. É no detalhamento da teoria do contrato social que KANT abre a possibilidade de que a influência liberal do iluminismo penetre o seu pensamento, estabelecendo os fundamentos políticos de uma Teoria da Constituição civil fundada na liberdade humana. Nesse sentido, tratará de estabelecer as regras necessárias para o desenrolar da política dentro da cidade.

---

fato de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Para KANT, portanto, o ato fundacional da cidade –o ato pelo qual o povo se constitui em uma cidade– é o contrato primitivo, e é da idéia do ato em si que deriva a sua própria legitimidade. Esse contrato que funda a Constituição civil reza que todos (*omnes et singuli*) se despojam de sua liberdade exterior ante o povo, para voltar a recobrá-la no instante em que se tornarem membros de uma república, ou seja, na qualidade de membros de uma comunidade ou do povo como cidade (KANT, 1943:151).<sup>100</sup> Diferentemente de ROUSSEAU, KANT sustenta que não se pode dizer que a cidade ou que o homem na sociedade tenham sacrificado apenas uma parte de sua liberdade exterior e natural, mas que tenham abandonado inteiramente sua liberdade selvagem e sem freio, para encontrar sua plena liberdade na dependência legal, isto é, no estado jurídico, porque essa dependência é resultado de sua vontade legislativa própria (KANT, 1943: 151).<sup>101</sup>

O autor deixa claro que essa liberdade legislativa não outorga o poder de resistência à autoridade instituída, constituindo crime a prática de colocá-la em dúvida, já que esta autoridade significa mais que um princípio histórico de constituição civil, e sim uma Idéia que se manifesta como princípio de razão prática, a saber: *que é mister obedecer ao poder legislativo atual, qualquer que seja sua origem* (KANT, 1943: 155-6).<sup>102</sup> A única ação permitida ao súdito, quando este considerar que o governante age contra a lei instituída, é interpor queixas contra a injustiça, mas jamais resistência: *Não pode haver nenhum artigo na constituição que conceda a um poder no Estado o direito de opor-se ao soberano, caso ele viole a constituição, ou seja, o direito de reprimir* (KANT, 1943: 156).<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> *se desprenden de su libertad exterior ante el pueblo, para volverla a recobrar al instante de nuevo como miembros de una república, es decir, en cualidad de miembros de una comunidad o del pueblo como ciudad.*

<sup>101</sup> *dejado enteramente su libertad salvaje y sin freno, para encontrar toda su libertad en la dependencia legal, es decir, en el estado jurídico; porque esta dependencia es el hecho de su voluntad legislativa propia.*

<sup>102</sup> *que es menester obedecer al poder legislativo actual, sea cualquiera su origen.*

<sup>103</sup> *No puede haber ningún artículo en la constitución que conceda a un poder en el Estado el derecho de oponerse al soberano en caso de que éste violase la constitución, por consiguiente, el derecho de reprimir.*

Como de resto fazem todos os contratualistas, a conformação da ordem social passa a ser explicitada como uma consequência lógica do ato fundacional. Todo o constructo necessário à formação das relações sociais, e que é posterior à constituição civil, especialmente os três poderes que conformam a organização Estatal –cuja influência mais explícita é o próprio MONTESQUIEU– e que derivam da noção de república em seu sentido mais lato, não passam de uma derivação das relações da *vontade coletiva* do povo. (1943: 180) Nesse sentido,

essas relações derivam a priori da razão, e constituem a idéia pura de um soberano em geral, idéia que tem uma realidade objetiva, prática. Esse chefe (o soberano) não é mais do que um ser de razão (que representa todo o povo) enquanto não passa a ser representado por uma pessoa física, investido do poder público superior e que dá a essa idéia sua eficácia sobre a vontade do povo (KANT, 1943: 180)<sup>104</sup>.

Seguindo esse raciocínio, a lei aparece como o ente da razão responsável pela realização prática da vontade universalmente conjugada através dos três poderes que cada cidade encerra em si, das três pessoas que formam a política (*trias política*): *o poder soberano (soberania) na pessoa do legislador, o poder executivo (segundo a lei) na pessoa do governo, e o poder judiciário (como reconhecimento do que pertence a cada um, segundo a lei) na pessoa do juiz (potestas legislatória, rectora et judiciaria)* (KANT, 1943: 148).<sup>105</sup>

Por fim, o que importa salientar é que o poder legislativo, realizador último da razão prática que justifica a existência da cidade, não pertence a ninguém mais que à vontade coletiva do povo. A consequência desse arrazoado prático é a justificação última da Constituição civil,

visto que dele deve proceder todo direito, não deve absolutamente poder fazer injustiça a ninguém por suas leis. É sabido que, se alguém ordena algo contra outro, é sempre possível que lhe faça injustiça; isso nunca ocorrerá, porém, quando alguém decreta algo

<sup>104</sup> *estas relaciones derivan a priori de la razón, y constituyen la Idea pura de un soberano en general, idea que tiene una realidad objetiva, práctica. Pero este jefe (el soberano) no es todavía más que un ser de razón (que representa al pueblo entero) mientras no es una persona física investida del poder público superior y que da a esta idea su eficacia sobre la voluntad del pueblo.*

<sup>105</sup> *el poder soberano (soberanía) en la persona del legislador, el poder ejecutivo (según la ley) en la persona del gobierno, y el poder judicial (como reconocimiento de lo Mío de cada cual según la ley) en la persona del juez (potestas legislativa, rectora et judiciaria).*

para si mesmo (porque *volenti non fit injuria*). Por conseguinte, a vontade concordante e conjunta de todos, quando cada um decide para todos e todos para cada um, isto é, a vontade coletiva do povo, é a única que pode ser legisladora (KANT, 1943: 148)<sup>106</sup>.

O processo de legitimação da Constituição civil se radica claramente na necessidade de se evitarem desentendimentos acerca de onde reside a fonte de normatividade social. Todo o argumento de KANT direciona-se no sentido de esclarecer e definir, de uma vez por todas, o modo pelo qual se constitui o mecanismo que produz e torna possível a convivência social sob um ordenamento único e indubitável. Para KANT, dessa forma, é vã a busca pelas origens históricas desse mecanismo –o que o eleva definitivamente à posição de uma Idéia da razão– o que tende a impedir o processo de falseabilidade a que porventura possa ser submetido. Assim,

Não é possível retroceder ao princípio da formação das sociedades (já que os selvagens não registram sua submissão à lei, e a natureza inculta desses homens leva a crer que tenham sido primeiramente submetidos pela força). No entanto, seria um crime realizar essa investigação para, afinal, prevalecer-se dela e substituir, pela força, a constituição existente. Tal substituição deveria operar-se pelo povo reunido com essa finalidade, isto é, pela via legal (KANT, 1943: 182)<sup>107</sup>.

A conclusão –e o objetivo não declarado, se assim se pode dizer– do argumento kantiano no que respeita ao processo de justificação da *ratio legis* tende a afastar todo e qualquer processo de contestação que turbe o processo civilizatório que se realiza sob os auspícios da Constituição civil. Dessa forma, a existência de *uma sublevação sob uma constituição existente é o transtorno de todas as relações civis jurídicas e, por conseguinte, de todos os direitos; isso*

---

<sup>106</sup> *puesto que de él debe proceder todo derecho, no debe absolutamente poder hacer injusticia a nadie por sus leyes. Ahora bien, si alguno ordena algo contra otro, es siempre posible que le haga injusticia; pero nunca en lo que decreta para sí mismo (porque volenti non fit injuria). Por consiguiente, la voluntad concordante y conjunta de todos, en cuanto cada uno decide para todos y todos para cada uno, esto es, la voluntad colectiva del pueblo, puede únicamente ser legisladora.*

<sup>107</sup> *no se puede remontar al principio de la formación de las sociedades (puesto que los salvajes no redactan su sumisión a la ley, y que la naturaleza inculta de estos hombres induce a creer que han sido primeramente sometidos por la fuerza). Pero sería un crimen emprender esta investigación para, en todo caso, prevalecerse de ella y cambiar, por la fuerza, la constitución existente. Semejante cambio debería operarse por el pueblo reunido al efecto, es decir, por la vía legal.*

*significa que não se trata de uma mudança, mas de uma palingenesia que exige um novo pacto social, sobre o qual o precedente, já destruído, não pode ter nenhuma influência* (KANT, 1943: 182).<sup>108</sup> Qualquer desacordo em relação às regras derivadas do pacto social significa a vontade de se desprender definitivamente dele, o que faz retornarem os homens e os Estados ao estado de brutalidade anteriormente vivenciado.

Assim, os membros que constituem a sociedade (*societas civilis*) – a qual, para KANT, é o mesmo que uma cidade para a legislação – se chamam cidadãos

(cives) e seus atributos jurídicos inseparáveis de sua natureza de cidadão são: primeiro a liberdade legal de não obedecer a nenhuma outra lei que não seja uma daquelas a que tenham dado seu voto; segundo, a igualdade civil pela qual ninguém deve reconhecer, entre o povo, nenhum superior além daquele que tem a faculdade moral de, juridicamente, exigir o cumprimento de obrigações; terceiro, o atributo da independência civil, que consiste em ser devedor de sua existência e de sua conservação, como membro da república, não segundo o arbítrio de outro no povo, mas de acordo com seus próprios direitos e faculdades; e, por conseguinte, a personalidade civil não poderá ser representada por nenhum outro nos assuntos de direito (KANT, 1943: 148-9)<sup>109</sup>.

Para KANT, essa dependência da vontade do outro, o que chama propriamente de desigualdade, não é oposta à liberdade e à igualdade daqueles que, como homens, formam juntos um único povo, e é aqui que reside, especialmente, a concepção de esclarecimento – ou iluminismo – que determina e completa a visão kantiana de constituição.<sup>110</sup> Para o esclarecimento, é necessária a liberdade.

<sup>108</sup> *una sedición bajo una constitución existente es el transtorno de todas las relaciones civiles jurídicas, y por consiguiente de todos los derechos; es decir, que no es una metamorfosis, sino una palingenesia que exige un nuevo pacto social, sobre el cual el precedente, ya destruído, no puede tener ninguna influencia.* (KANT, 1943: 182)

<sup>109</sup> *y sus atributos jurídicos inseparables de su naturaleza de ciudadano son: primero, la Libertad legal de no obedecer a ninguna otra ley más que a aquéllas a que hayan dado su sufragio; segundo, la Igualdad civil, que tiene por objeto el no reconocer entre el pueblo ningún superior más que aquel que tiene la facultad moral de obligar jurídicamente de la misma manera que a su vez puede ser obligado; tercero, el atributo de la Independencia civil, que consiste en ser deudor de su existencia y de su conservación, como miembro de la república, no al arbitrio de outro en el pueblo sino a sus propios derechos y facultades; y por consiguiente en que la personalidad civil, no pueda ser representada por ningún outro en los asuntos de derecho.*

<sup>110</sup> KANT observa, então, que existe uma classificação de cidadania que define a faculdade do sufrágio. Dessa forma, identifica duas espécies de cidadão: o cidadão ativo (aquele que quer tomar parte ativa na comunidade e que, para tal, não depende mais do que de sua própria vontade) e o cidadão passivo (aquele dependente da vontade de outro, que só quer fazer parte da república, de forma passiva) (KANT, 1943: 149). Estes últimos, os ‘simples operarios de la cosa pública’, ‘deben ser mandados y protegidos por otros individuos, y por consiguiente, no gozan de ninguna

A liberdade corresponde em KANT à idéia de que o homem seja capaz de fazer uso público de sua razão. O uso público da razão, ou seja, aquele uso que qualquer um, como erudito, dela faz perante o grande público do mundo letrado, pode levar o homem ao entendimento na cidade. Esse uso significa que há, na vida na cidade, uma liberdade indeterminada e ilimitada de o indivíduo servir-se da própria razão e falar em nome próprio sobre os erros do Estado que porventura devam ser corrigidos. O processo que leva ao entendimento é um processo lento, ninguém tem o direito de impor qualquer ruptura a esse processo, mesmo que seja através de lei (KANT, 1995: 13).

É tão somente através do uso público da razão que se pode fazer crítica à legislação já existente, sem que isso signifique o desejo ou a prática da sedição. Assim, a razão define-se como a faculdade do homem de ampliar regras sociais e poder usar todas as suas forças muito além do instinto natural, correspondendo à liberdade da vontade que, em KANT (1995), significa a saída do homem da menoridade. E, embora não se viva propriamente uma época esclarecida –o que significaria a maioria da humanidade–, vive-se o despontar do iluminismo (KANT, 1995: 17). Assim, a melhor sociedade será aquela que for mais livre, aquela onde exista a máxima liberdade, mas, paradoxalmente, a que se mostre mais segura para determinar os limites da liberdade dos homens, uns em relação aos outros. É, por fim, com a filosofia de Kant que o liberalismo aparece formulado em termos bastante característicos e se desdobra em uma teoria do direito. Nesse autor, então, unem-se o liberalismo e o juridicismo próprios do mundo burguês.

Finalmente e a título de conclusão deste item, é preciso ressaltar novamente os objetivos que o nortearam desde o início, para que se possa dar continuidade ao objetivo final deste trabalho, que é a caracterização da Teoria Formal da Constituição. Ainda que a grande maioria dos autores tenha

---

independencia civil' (KANT, 1943: 150). Para KANT, essa impossibilidade de gozo universal não significa que os cidadãos passivos não possam exigir que sejam tratados "por todos los demás según las leyes de la libertad y de la igualdad natural, como partes *pasivas* del Estado" – resultando apenas que não se pode derivar para estes "el derecho de obrar también en la ciudad como miembros activos, es decir, el derecho de organizar el Estado, o de concurrir a la formación de ciertas leyes" (KANT, 1943: 150).

estabelecido uma relação de semelhança entre o constitucionalismo da liberdade e a Teoria Formal da Constituição, o que se verá a seguir é que a Teoria Constitucional surge de um desvirtuamento do que se chamou de constitucionalismo da liberdade.

Para atingir o objetivo a que se propõe esta primeira parte, foi imprescindível demarcar o que se entende por constitucionalismo da liberdade.

### 1.3 O CONSTITUCIONALISMO DA LIBERDADE COMO CERNE DA TEORIA FORMAL DA CONSTITUIÇÃO

#### 1.3.1 A Teoria do Poder Constituinte na origem da Teoria Formal da Constituição: contratualismo e representação em SIEYÈS.

Herdeiro da tradição racionalista de LOCKE, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, a obra do abade Emmanuel SIEYÈS (1987)<sup>111</sup> marca o início das reflexões, no âmbito do constitucionalismo moderno, sobre a titularidade do poder constituinte, bem como sobre o conceito de representação política, a partir do

---

<sup>111</sup> É extremamente difícil inserir, num trabalho sobre a Teoria da Constituição, um tópico sobre a Revolução Francesa como tal. Mas como ignorar algumas das ações revolucionárias que se tornaram possíveis graças à Teoria da Constituição moderna? Emmanuel Joseph SIEYÈS (conhecido como abade SIEYÈS), político francês que viveu de 1748 a 1836, é o elo necessário. Ordenado sem vocação, depois de ser nomeado vigário-geral de Chartres, aproveitou as numerosas horas livres que o posto lhe permitia para trabalhar assiduamente. Estudou filosofia, história, economia política, línguas e até música. Suas leituras o levaram a considerar uma reforma geral da sociedade, que deveria começar, segundo ele, pela linguagem. Nossas línguas, dizia ele, são mais sábias que nossas idéias e conhecimentos que não existem. A comunidade filosófica da época tirou grande proveito dessa longa meditação. SIEYÈS, em particular, sai dela armado para a luta ideológica. Em pouco tempo, esse desconhecido se transformou no homem mais popular do reino. Nos poucos meses que separam a reunião da Assembléia dos Notáveis e a dos Estados Gerais, SIEYÈS publicou três opúsculos que dariam à Revolução nascente sua orientação: *Ensaio sobre os privilégios (1788)*, *Olhar sobre os meios de execução dos quais os representantes da França podem dispor e*, no mesmo ano de 1789, *O que é o terceiro estado?*, uma brochura de 127 páginas, cujos 30 000 exemplares se esgotaram em poucos dias. Nomeado deputado de Terceiro Estado de Paris nos Estados Gerais, SIEYÈS desempenhou imediatamente um papel de primeiríssimo plano. No conflito das três ordens, tomou imediatamente posição: a que já havia tomado em seus escritos, a qual leva o terceiro estado a deliberar sozinho e decidir a adoção do título de Assembléia Nacional Constituinte, da qual foi uma das personalidades mais marcantes. Suas intervenções em relação ao clero e no voto das leis da imprensa são muito conhecidas. Em 1789, ano da queda da Bastilha, publicou *Preliminares da Constituição*, reconhecimento ponderado dos direitos do homem e do cidadão. Em 1790 saiu o resumo de uma nova organização de justiça e da política na França, bem como Projeto de Lei contra delitos que se podem cometer através da publicação de escritos e gravuras. Nesse mesmo ano, SIEYÈS foi co-fundador do Clube Bretão, que se tornou clube dos Jacobinos. Depois de ser deputado –quando votou a morte de rei– ocupou vários cargos diplomáticos nos governos de transição. Tendo apoiado o golpe que levou Napoleão ao poder, pensou que seria chamado para executar, enfim, suas idéias constitucionais, por não prever a intromissão de Bonaparte. Participou do anteprojeto da Constituição do ano VII da Revolução, que Napoleão acabou por escrever sozinho, conforme seus interesses. O imperador deu-lhe o título de conde e a legião de honra, mas manteve-o à margem das decisões político-constitucionais (ROBERT, 1983).

modelo contratualista/jusnaturalista.<sup>112</sup> Com efeito, seu manifesto *O que é o Terceiro Estado?* conforma as idéias de poder constituinte e de representação e

---

<sup>112</sup> Não se pretende, neste momento, empreender digressões muito vastas sobre o poder constituinte, visto que a teoria sobre ele elaborada remonta exclusivamente a SIEYÈS, embora nem todas as considerações tenham sido efetuadas por ele. O que se pretende unicamente é esclarecer alguns aspectos conceituais referentes à teoria constituinte propriamente dita, para propiciar uma melhor compreensão do que se entende por esse fenômeno constitucional. Em termos bastante iniciais, pode-se definir o poder constituinte, como se verá a seguir, como sendo o poder de elaborar uma Constituição e, nesse sentido, diferente dos outros tipos de poderes de criar normas jurídicas. Segundo BONAVIDES (1996: 121), para se ter uma compreensão exata do que representa esse poder é preciso diferenciar o fato de sua teoria, ou seja, *o poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização*. Assim, pode-se falar em poder constituinte desde ARISTÓTELES, CÍCERO ou até mesmo durante a idade média, porém é somente a partir da filosofia contratualista –basicamente a partir de ROUSSEAU e SIEYÈS– que esse poder de fato recebe uma teoria que permite discuti-lo em termos de sua legitimidade. Isso porque *a teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder. Surge quando uma nova forma de poder, contida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, faz sua aparição histórica e revolucionária em fins do século XVIII*. (BONAVIDES, 1996: 120) Portanto, a discussão do poder constituinte no âmbito da Teoria Constitucional implica não mais discutir o fato constituinte, mas sim a teoria que empresta legitimidade a esse poder e, conseqüentemente, à Constituição. Sendo o poder de elaborar uma Constituição, o poder constituinte diferencia-se em dois tipos de poder: o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado. Como se verá mais adiante, esse segundo tipo de poder também é chamado de poder de reforma da Constituição e, nesse sentido, não corresponde necessariamente ao mesmo significado de poder constituinte derivado, basicamente pelo fato de que aqueles que o consideram exclusivamente como um poder reformador, não admitem a existência de outro poder constituinte que não o originário. Inicialmente cumpre definir e caracterizar o poder constituinte originário como sendo um poder fundador, de caráter extrajurídico –por estar fora do sistema normativo– que se manifesta nos momentos de ruptura institucional, quando, no momento de conceber um novo ordenamento jurídico, é preciso elaborar uma nova Constituição fundante desse sistema. Decorrem daí as principais características desse poder, que apontam para ele como sendo um poder de fato, ilimitado, cujo fundamento transcende a ordem positiva e, ainda, invoca valores de justiça e legitimidade. O poder constituinte é um poder de fato, pois não encontra nenhum tipo de limitação em qualquer regra jurídica, e, nesse sentido, costuma denominar-se de potência, força originária, já que a grande maioria dos autores acredita que sua manifestação dá-se nos momentos revolucionários (VANOSSI, 1975). É também por esse motivo que não pode ser caracterizado como um poder jurídico, pois não atua no âmbito da ordem positiva – e, portanto, não pode encontrar nessa mesma ordem algum tipo de limitação. Decorre disso que se trata de um poder ilimitado. Entretanto, quanto a essa questão, VANOSSI (1975: 177) tem uma postura algo distinta. Segundo o autor argentino, o poder constituinte originário, cuja principal característica é atuar fora do âmbito da legalidade, não se encontra livre de coerções. Isso porque, *nada impide reconhecer la presencia de otro tipo de límites que actúan 'sobre' el constituyente 'originario' y que, obviamente, deben ser considerados como límites extrajurídicos*. Tais limitações ao constituinte originário são de caráter ideológico ou valorativo para os jusnaturalistas, e de caráter estrutural para os marxistas; e jamais poderão assumir um teor jurídico. Entretanto, não se pode desprezar a sua presença e o seu condicionamento na elaboração de uma Constituição. Segundo VANOSSI (1975: 177), *aquí es importante advertir, desde ahora, que esta clase de limitaciones afectan no sólo al llamado poder constituyente 'originario', sino también al denominado poder constituyente 'derivado': cualquier clase de constituyente (de órgano constituyente) tendrá de vérselas con esos factores que lo limitan o condicionan en sus decisiones*. Em relação à titularidade do poder constituinte originário, deve-se iniciar esclarecendo que é nesse âmbito que se manifesta mais claramente a distinção entre o fato constituinte, a teoria do poder constituinte e a questão da

*aparece justamente com a eclosão da terceira das grandes revoluções que deram origem ao Estado constitucional moderno, a saber: a Revolução Inglesa (1688), a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789) (VANOSSI, 1975: 10).*<sup>113</sup>

A inserção de SIEYÈS no jusnaturalismo, tão em voga à época, aparece claramente quando ele exprime sua concepção de Estado e de indivíduo. Fiel à tradição jusnaturalista, SIEYÈS considera, contudo, que a origem do poder político se encontra no estado de natureza, no qual ocorrem todas as relações econômicas de caráter privado. Para ele, entretanto, enquanto estiverem nesse estado, as relações econômicas permanecerão inseguras e instáveis e somente poderão tornar-se confiáveis quando erguido um poder público que realmente represente a nação. SIEYÈS considera, por outro lado, agora da mesma forma que LOCKE e MONTESQUIEU, que o homem é livre antes e perante o Estado. Entretanto –e esta é uma inovação do abade francês– ele estende a liberdade

---

legitimidade no exercício desse poder. Isto porque. *titular del poder consuyente, dada su específica naturaleza histórica, no es quien quiere o quien se cree legitimado para serlo, sino más simplemente, quien puede, esto es, quien está en condiciones de producir una decisión eficaz sobre la naturaleza del orden (VANOSSI, 1975: 287).* Assim, segundo o constitucionalista argentino, a respeito dessa questão, surgiram modernamente duas respostas, *la respuesta doctrinal e ideológica, que dependerá (...) de la creencia autocrática o de la creencia democrática de quien formule la respuesta; y la respuesta eficientista, que consistirá en responder la pregunta de la titularidad con la afirmación fáctica y concreta del 'ejercicio' del poder consuyente en una situación determinada (VANOSSI, 1975: 287).* Decorrente da questão da titularidade, vem a problemática do agente ou do exercício do poder constituinte. Assentado que o poder constituinte originário compete a quem tem condições políticas de exercê-lo em determinado momento histórico, é preciso investigar quem vai conduzir o exercício desse poder, ou seja, quem vai executar a tarefa de “escrever” a Constituição. Novamente pode-se perceber um dissídio dos constitucionalistas a respeito da titularidade, se levada em consideração a diferença entre SIEYÈS e ROUSSEAU em relação ao problema da representação política. Se igualmente a ROUSSEAU não se admite a possibilidade de representação política, tem-se que o agente só pode ser o povo que se manifesta através de referendium. Se, entretanto, assume-se a idéia de representação, cunhada por SIEYÈS, tem-se que o exercício cabe a uma assembléia representativa. Porém essas questões dizem respeito à obra do abade propriamente dita e serão analisadas a seguir.

<sup>113</sup> *aparece justamente con la eclosión de la tercera de las grandes revoluciones que dieron nacimiento al Estado constitucional moderno, a saber: la Revolución Inglesa (1688), la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) (VANOSSI, 1975: 10).*

O caso da França representa, até os dias atuais, o protótipo de revolução constituinte que, devido a uma variação de ingredientes tanto geográficos quanto políticos, acabou por universalizar-se. Se temos, no caso da Inglaterra, um exemplo de constitucionalismo no seu modelo global, a França nos oferece um modelo de revolução. Os antecedentes da Revolução Francesa são bastante conhecidos: o absolutismo monárquico, a gestação do liberalismo, os ideais iluministas, entre outros. Os ideais absolutistas também atingiram na França um grande desenvolvimento; isso,

individual à nação,<sup>114</sup> já que esta nada mais é que *um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura* (SIEYÈS, 1987: 61).<sup>115</sup> Há que se especificar que para ele o Terceiro Estado é a própria nação, sendo que tudo o que não está no Terceiro Estado não faz parte da nação.

A nação, contudo, não é composta, como se imagina, por todos os cidadãos franceses, mas apenas por aqueles que produzem as riquezas. Assim sendo, o Terceiro Estado ou *a nação é um agrupamento de produtores, entre os quais se deve incluir desde os industriais até os comerciantes, passando pelos funcionários públicos e os políticos, até os “serviços domésticos menos estimados”*. Em suma: *a Nação é, de fato, o terceiro Estado, enquanto, correlativamente, a nobreza fica expulsa, inapelavelmente, do âmbito nacional em razão de sua alienação substancial ao “trabalho geral”* (MAIZ, 1991: 55).<sup>116</sup>

SIEYÈS (1987: 63) inicia seu trabalho, manifestando uma preocupação pertinente a sua época, que ainda continuava sem resposta: *o que é o Terceiro Estado, o que tem sido ele até agora na ordem política e, ainda, quais são as suas reivindicações?* A partir dessa preocupação central, o autor francês vai construir

porém, não conseguiu sustar o desenvolvimento de uma linha antiabsolutista, que encontra eco no já falado liberalismo e na penetração de novos valores.

<sup>114</sup> Com esse diferencial, o abade acaba por efetuar uma leitura original do racionalismo liberal, que leva a afirmar que *SIEYÈS formularia una sofisticada versión primera del Estado constitucional sin soberano, fundamentado en los derechos del hombre y del ciudadano* (MAIZ, 1991: 46), e ainda proporia um modelo de governo representativo de bases democráticas.

<sup>115</sup> No conceito de nação, está incluída tanto a acepção natural (inicial), quanto a acepção política (posterior). É também uma idéia formalizada para substituir o conceito de povo. No entanto, há que se ter presente que toda a obra de SIEYÈS articula-se em torno do seu conceito de *nação*, que vai articular o debate na obra do abade quando serve para representar o Estado de natureza, tão preconizado pelo jusnaturalismo racionalista.

Segundo MAIZ (1991: 55), a idéia de nação, ainda que conceitualizada no estado de natureza, tem inicialmente, para SIEYÈS, uma acepção econômica. Diz ele: *una sociedad complejamente definida a partir de las relaciones sociales de producción emergente, como el conjunto de individuos inmerso en la producción y el intercambio, el orden de lo privado sobre el que se alza la esfera de lo público*.

<sup>116</sup> *la nación es una agrupación de productores, entre los que deben incluirse desde los industriales a los comerciantes, pasando por los funcionarios públicos y los políticos, hasta los ‘servicios domésticos menos estimados’*. Em suma: *la Nación es, de hecho el tercer Estado, al tiempo que, correlativamente, la nobleza queda inapelablemente expulsada del ámbito nacional en razón de su ajenidad sustancial al ‘trabajo general’*.

Isso porque, para SIEYÈS, os direitos naturais que unem e fazem possível a constituição de uma nação estão no fato de os indivíduos serem produtores, está na sua condição econômica de agentes produtivos.

todo seu manifesto político.<sup>117</sup> Por Terceiro Estado, entende *o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum* (SIEYÈS, 1987: 72). É nele que estariam concentrados todos aqueles cidadãos que produzem a riqueza da França, uma vez que reúne os trabalhadores do campo, da indústria humana, do comércio e das profissões científicas e liberais. Assim, nas suas palavras, *o Terceiro Estado é tudo* (SIEYÈS, 1987: 68). No entanto, constata que as funções especiais, ou seja, aquelas que representam o comando do Estado, estão longe de pertencer aos que verdadeiramente constituem o terceiro Estado: são exercidas unicamente pelos ‘privilegiados’.<sup>118</sup> Portanto, *o Terceiro Estado que, em termos de riqueza, é tudo, em termos de direitos ou prerrogativas acaba por tornar-se nada* (SIEYÈS, 1987: 68).

Para esclarecer o que seria a teoria do poder constituinte,<sup>119</sup> ou a maioria pela qual surge o Estado –como forma de dotar a nação de instrumentos políticos e jurídicos, obtendo, assim, meios eficazes para assegurar as relações econômicas notadamente instáveis–, SIEYÈS aduz a existência de três etapas distintas. *Na primeira, concebe-se um número mais ou menos considerável de indivíduos isolados que querem reunir-se. Só por isso já formam uma nação; têm todos os direitos de uma nação; basta exercê-los. Sua obra é a associação* (1987:115).<sup>120</sup> Depois, aponta para o que caracteriza como a segunda época, ou o momento de ação das vontades comuns. *Aqui, vê-se que o poder pertence ao público* (SIEYÈS,

<sup>117</sup> Ressalvada a originalidade do pensamento do revolucionário francês, quanto às formulações da idéia de poder constituinte, essa teoria apresenta um caráter altamente histórico e, portanto, fortemente comprometido com os ideais da época revolucionária da França. Nesse sentido, a obra do abade não deixa de ser um manifesto político da burguesia em ascensão social e econômica, porém carente de poder político. Por isso mesmo, SIEYÈS escreve para ela, na tentativa de mobilizar a opinião pública e torná-la favorável à causa do Terceiro estado.

<sup>118</sup> Essas funções seriam a Espada, a Toga, a Igreja e a Administração, mas o Terceiro Estado que é responsável por tudo está fora dessas funções. *Esses postos lucrativos e honoríficos são ocupados pelos membros de uma ordem privilegiada* (SIEYÈS, 1987: 66).

<sup>119</sup> Para SIEYÈS, todas as diferenças e privilégios se dão a partir da Constituição. Assim, se o Terceiro Estado deseja uma Constituição justa deve, ele mesmo, fazê-la e esse direito cabe única e exclusivamente à nação. Começa, então, nesse momento, a expor o que até hoje se considera a doutrina do poder constituinte.

<sup>120</sup> Com essa reflexão, o autor deixa claro que a idéia de nação se forma mediante o direito natural, que será o único sujeito possível da soberania, enquanto representar o interesse comum.

1987: 115).<sup>121</sup> A nação seria então a titular da soberania e, também, o poder a partir do qual será erguido o Estado, cuja finalidade deverá estar voltada à proteção dos direitos individuais e das liberdades públicas. Diversamente da nação, o Estado pertence à ordem do direito positivo, porquanto o Estado constrói, por sua vez, juridicamente, sobre a base prévia da nação natural, a nação política (MAIZ, 1991: 60).<sup>122</sup> A terceira e última etapa é aquela que estabelece o governo representativo:

os associados são muito numerosos e estão dispersos em uma superfície muito extensa para exercitar por eles mesmos facilmente sua vontade comum. O que fazem? Separam tudo o que para prover é preciso as atenções públicas, confiam o exercício desta porção da vontade nacional, e, conseqüentemente, do poder, a alguns dentre eles. Essa é a origem de um governo representativo por procuração (SIEYÈS, 1987: 115).

Parece claro, então, que o governo representativo é apenas uma delegação de poder por parte da vontade comum. Não se opera, entre ela e o governo, nenhum tipo de transferência de vontade. Aliás, esta última é para SIEYÈS inalienável, só podendo ser delegado o seu exercício.<sup>123</sup> Para que o Terceiro Estado tenha suas pretensões políticas atendidas, o autor vai enunciar, inclusive, a necessidade de uma mudança no sistema de representação, visando a dotar o Terceiro Estado de verdadeiros mandatários, ou seja, aqueles que seriam oriundos de sua própria classe. Fica-se então autorizado a afirmar que a Constituição não é fruto de nenhum tipo de poder já existente, e sim obra do poder constituinte originário – cujo titular é o Terceiro Estado, o único que tem a capacidade de elaborar a Carta Magna.

A Constituição nasce na segunda etapa, ou seja, aquela que se caracteriza pela organização jurídica da vontade comum, pois a nação é anterior a

---

<sup>121</sup> A origem da vontade comum seriam as vontades individuais, que não terão valor nenhum, entretanto, se não forem consideradas em conjunto. Sem essa união, nenhuma vontade poderia agir.

<sup>122</sup> *el Estado construye a su vez, jurídicamente, sobre la base previa de la nación natural, la nación política.*

<sup>123</sup> Para melhor compreender a questão, afirma que: *a vontade do corpo dos representantes não é plena e ilimitada, é somente uma parte da grande vontade comum nacional, e os delegados não a exercem como direito próprio, é o direito do outro; a vontade comum é comissionada.*

qualquer tipo de organização social, não podendo estar juridicamente organizada. À Constituição cabe, então, regular três elementos essenciais: organizar, através do direito positivo, o Estado; regular o exercício do poder por parte do governo e dos poderes constituídos, bem como estipular todos os mecanismos possíveis para conter o poder político delegado. Parece claro, então, que, para SIEYÈS, Constituição é relativa somente ao governo representativo, pois, visto que ela tem como finalidade primeira a regulação do poder político, não pode limitar quem lhe deu origem, e sim resguardar a liberdade que deve configurar. Assim, o sistema de representação aparece adjudicado à burguesia emergente e à propriedade e transfere todo o poder para o Terceiro Estado, transformando a representação num exercício isolado de política no âmbito do espaço público e deixando a maioria – os produtores – livres para produzir.

Do acima exposto, podem-se extrair várias considerações no sentido de demonstrar as conexões da obra do abade francês com a formação da Teoria Formal da Constituição. Num primeiro momento, é preciso destacar que a sua inserção nesse contexto teórico –a Teoria Constitucional– não é uma relação pacífica. De acordo com a interpretação que venha a ser dada a sua obra, ele poderia representar o constitucionalismo da liberdade, visto que vários elementos confluem para tal.<sup>124</sup> Não é essa, entretanto, a leitura proposta. O que se busca é demonstrar que, ainda que não esteja dada a globalidade dos requisitos que envolvem o atendimento ao conceito de teoria, SIEYÈS já aponta para a sua formulação. Tal fato pode ser constatado tomando-se como referência, inicialmente, a ruptura que ele efetua com os ideais declarados do liberalismo, para transformá-los em questões meramente econômicas. Movido exclusivamente pela preocupação com as formas que permitiria que o poder político deixasse de pertencer ao clero e à aristocracia, para passar a pertencer unicamente ao Terceiro Estado, SIEYÈS acaba por conceber a Constituição como um instrumento de consecução política e proteção jurídica dos interesses da burguesia, então dominante.

O que importa aqui desnudar é a maneira pela qual, a partir da teoria do poder constituinte –tida como principal inovação de SIEYÈS– isso foi possível. É preciso lembrar, por um lado, que, a partir de ROUSSEAU, inicia-se um novo conceito de lei que seria a expressão da vontade geral. Também, após os trabalhos do autor do *Contrato Social*, é possível verificar que muda o entendimento de Constituição: abandona-se a questão se ela é uma estrutura, para considerar-se que se trata de um texto destinado a contemplar algumas prerrogativas instituídas por vias legislativas. Por outro lado, quando o abade preconiza a diferenciação entre poder constituinte e poder constituído, a Constituição, que já tinha caráter de lei geral da política, assume o caráter de lei especial e superior, o que leva a definição da Constituição para critérios unicamente formais. Há que se compreender, ainda, nesse contexto, que a diferenciação que o autor faz de poder constituinte e poder constituído coloca a Constituição nas mãos do primeiro, relacionando-a, dali em diante, com a soberania: por ser soberana a nação é constituinte.

Tem-se, assim, a seguinte equação: se o homem obedece às leis porque são obra sua, a nação obedece à Constituição porque é obra sua. Há, assim, uma substituição da idéia rousseauiana da vontade geral pelo poder constituinte. Se a nação é a titular da soberania, cabe-lhe elaborar a Constituição, o que significa constituir o Estado, abrindo-se, a partir daí, um processo de identificação cada vez maior do direito com a lei e da Constituição com o Estado. SIEYÈS, dessa maneira, inverteu a idéia de que a política pode ter uma dimensão jurídica, capaz de permitir-lhe a criação de uma Constituição. A noção que o abade construiu é o contrário disso: o ato de elaborar a Constituição dá existência ao Estado.<sup>125</sup> Ou, em termos mais precisos, *o Estado só é possível mediante o direito, e este só é*

---

<sup>124</sup> Esses elementos são amplamente conhecidos: estado de natureza, contrato social, sociedade civil, necessidade de limitação do poder político, primazia da liberdade e dos direitos fundamentais.

<sup>125</sup> Fundamentalmente é preciso perceber que, em SIEYÈS, a Constituição não é definida pelo seu conteúdo material, mas sim pela sua superioridade especial, que leva a impor certas regras a alguns órgãos do Estado: embora ainda a Teoria da Constituição não tivesse se consolidado como disciplina autônoma e, portanto, não estivessem dadas as condições de pensar num órgão que controlasse tal superioridade como uma possibilidade política, é o abade que coloca, pela primeira vez, a definição de Constituição como norma hierarquicamente superior – elemento pelo qual ela irá ser definida.

*eficaz quando o mesmo Estado sujeita a ele (ao direito) sua atividade* (GARCÍA-PELAYO, 1987: 57).<sup>126</sup>

### 1.3.2 O liberalismo na Teoria Constitucional

Devido ao primado incondicional da liberdade, esse momento histórico acaba por constituir o que se costuma chamar, no âmbito da Teoria Constitucional, de Constitucionalismo da Liberdade. De fato, a idéia iluminista de que, para garantir a liberdade, é preciso mecanismos que a assegurem, vai colocar no centro do debate a própria Constituição, como sendo o mecanismo que vai possibilitar tal guarda. A idéia de liberdade, apesar de ser o centro gravitacional do constitucionalismo da liberdade, não tem uma dimensão unânime entre esses autores. Nesse sentido, a liberdade pode corresponder a uma acepção negativa ou positiva. A primeira corresponde à idéia que o pensamento político moderno vai desenvolver, enquanto a segunda se encontra na base do pensamento político clássico, embora tenha influenciado diretamente o pensamento de ROUSSEAU. Por um lado, liberdade em sentido negativo, quer significar a ausência de obstáculos dentro de uma determinada esfera de ação, sem que nenhum poder venha a interferir. Essa noção de liberdade resulta da consideração da supremacia da liberdade individual sobre o Estado ou, sob outro prisma, resulta da idéia de que a liberdade consiste em não estar sujeito a nenhum tipo de coerção que impeça o indivíduo de realizar seus objetivos. Tem-se, aqui, LOCKE e MONTESQUIEU.

Diz-se normalmente que alguém é livre na medida que nenhum outro homem ou nenhum outro grupo de homens interfere nas atividades desse alguém. A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução dos outros. Se sou impedido por outros de fazer o que,

---

<sup>126</sup> *el Estado sólo es posible mediante el derecho, y éste sólo es eficaz cuando el mismo Estado sujeta a él su actividad.*

de outro modo, poderia fazer, deixo de ser livre nessa medida; e se essa área é limitada por outros homens além de um certo mínimo, podem dizer que estou sendo coagido ou escravizado (BERLIN, 1981: 136).

Por liberdade positiva, entende-se, por outro lado, a liberdade de participação ativa e permanente no poder público e na decisão dos destinos do Estado.

O sentido positivo da palavra liberdade tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor. Quero que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. Quero ser instrumento de mim mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. Quero ser sujeito e não objeto, se movido por razões, por propósitos conscientes que sejam meus, não por causas que me afetem, por assim dizer, a partir de fora (BERLIN, 1981: 142).

Procurou-se demonstrar, então, que o pensamento constitucional concebido nesse momento histórico tem, em linhas gerais, os mesmos pressupostos constitutivos –tais como a idéia de razão, contrato, estado de natureza e estado civil, direitos naturais, entre outros– que permitem, quando tomados em conjunto, que seja possível referir-se a um esquema geral de pensamento. No entanto, a questão central que define esse período é que todos os autores trabalhados têm como preocupação central a garantia da liberdade, muito cara naquele momento histórico.

Finalmente, após terem sido apresentadas as bases políticas que possibilitaram o surgimento da Teoria da Constituição –através da (re)construção teórica do constitucionalismo da liberdade– faz-se necessário, para dar continuidade ao trabalho, verificar em que medida as reflexões em torno da Constituição deixaram de ter o caráter de ‘pensamento constitucional’ e assumiram a forma de uma Teoria da Constituição. Essa transformação é de grande importância para compreendermos as causas da formalização extrema de seu conteúdo, o qual se inicia com SIEYÈS através da diferenciação entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado. Depois, tal formalização é levada às últimas conseqüências por KELSEN, através de suas reflexões sobre o

direito e o Estado, bem como através da proposta de criação de um mecanismo de controle da superioridade constitucional.<sup>127</sup>

É preciso ter presente, neste primeiro capítulo, que, depois da Revolução Francesa e da Declaração de Direitos do Homem de 1789, a Constituição deixou de ser um instrumento cuja função primeira era a de emancipação do indivíduo, para tornar-se um instrumento concreto de organização do Estado liberal emergente. Assim, de acordo com o sempre citado artigo 16 da referida Declaração, todos os Estados que pretendessem assegurar a liberdade para seus cidadãos deveriam organizar o poder mediante uma Constituição escrita que albergasse a garantia aos direitos individuais, a divisão de poderes e a contenção do poder político. Esse modelo de Constituição, apesar de historicamente situado, adquire conotações de neutralidade axiológica, basicamente a partir de sua positivação.

Por outro lado, a partir das considerações de SIEYÈS, como se verá a seguir, houve uma descaracterização do que, num primeiro momento, o liberalismo entendeu por Constituição. Fez-se, então, necessário repensar sua função e seus destinatários, já que as garantias anunciadas não estariam mais voltadas à proteção de um sujeito universal anunciado pelo pensamento liberal, mas a uma forma particularizada desse cidadão, o indivíduo burguês, a quem, uma vez no poder, faltaram instrumentos que lhe assegurassem a autoridade recém-conquistada.

Assim sendo, a Constituição passa a assumir o caráter de documento jurídico, que visa a atender à reivindicação histórica do liberalismo, mas que tem conteúdo de poderoso instrumento político cuja maior preocupação será a tentativa de sujeição do poder do Estado. Em termos mais precisos, é possível

---

<sup>127</sup> É fato que efetuar uma aproximação entre esses dois autores não é uma questão pacífica e pode ensejar vários 'mal-entendidos'. Deve-se esclarecer desde o início, que tal aproximação tem unicamente fins didáticos, ou seja, o que se busca é apenas compreender de que forma cada um deles ofereceu contribuições à formalização da Teoria da Constituição. Deve restar claro que esse é o fio condutor que une os dois neste trabalho, ou seja, procura-se averiguar em que medida as reflexões de um e de outro colaboraram para que a Constituição assumisse a configuração de um instrumento de garantia, funcionando apenas como um estatuto do governo, traçando regras para seu comportamento e limitando-se, unicamente, a discutir a posição das normas no sistema jurídico.

afirmar que a conjunção de dois elementos –a positivação e a assunção da Constituição como instrumento de classe– descaracterizaram-na como realização de um projeto político fundado na liberdade, e tornaram possível a Teoria Constitucional.

Essas considerações são o fulcro para demonstrar que a transformação dos escopos políticos e ideológicos de uma Constituição vão provocar igualmente um deslocamento do discurso envolvendo a própria Constituição. As mudanças de sentido nas pretensões políticas provocam uma transformação no discurso sobre a Carta Constitucional, cuja caracterização acaba sendo reduzida às condições de realidade histórica, exigindo, assim, o abandono do caráter filosófico do discurso que a constituiu.<sup>128</sup> O discurso passa a ser sobre a Constituição, com o intuito de descrevê-la e defini-la, adquirindo, desde então, o sentido de teoria, através da teoria do poder constituinte.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> Antes de iniciar a exposição do que se pretende estabelecer a partir da afirmação da Teoria da Constituição de Weimar como paradigma da Teoria da Constituição, é necessário esclarecer que a Teoria Constitucional, que nasce nesse momento, aparece basicamente em oposição à Teoria Geral do Estado e, portanto, não se interessa por ele como uma categoria isolada, e sim pelo estudo do Estado através de sua ordem constitucional.

<sup>129</sup> A idéia de teoria responde a uma tradição positivista, cuja origem está nas ciências naturais, que têm, na descrição dos objetos, a primeira obrigação, qualquer que seja o ramo do saber.

## CAPÍTULO II – A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: ORIGEM HISTÓRICA, CONFIGURAÇÃO ATUAL E CRISE DE RACIONALIDADE

### 2.1 SENTIDO E ALCANCE DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS

Logo após a apresentação das bases políticas que possibilitaram o surgimento da Teoria da Constituição –através da (re)construção teórica do constitucionalismo da liberdade, bem como através das discussões levantadas por SIEYÈS em torno do problema sobre o poder constituinte– faz-se necessário, para dar continuidade ao trabalho, verificar em que medida as reflexões sobre a Constituição deixaram de ter o caráter de filosofia constitucional, para assumir a forma de uma Teoria da Constituição.<sup>1</sup> Essa transformação é de grande importância para a compreensão das causas da formalização extrema de seu conteúdo e, ainda, do surgimento de sua vertente mais democrática –a Teoria Material da Constituição– paradigma das reflexões constitucionais até o presente momento. Acima de tudo, pode-se dizer que o que se busca neste capítulo é uma definição da Teoria da Constituição, considerada como um sistema global. Tal definição deve ser dividida em duas acepções epistemológicas –formal e material– que, embora distintas, estão relacionadas entre si.

O aparecimento da Teoria Constitucional é um fato historicamente datado. Como foi dito, a partir das considerações de SIEYÈS, houve uma descaracterização daquilo que, num primeiro momento, o liberalismo entendeu por Constituição. Fez-se necessário, então, repensar sua função e seus destinatários, já que as garantias anunciadas não estariam mais voltadas para a

proteção do sujeito universal, mas para uma forma particularizada desse cidadão, indivíduo burguês, a quem, uma vez no poder, faltaram instrumentos que lhe assegurassem a autoridade recém-conquistada. Em termos mais precisos, é possível afirmar que a conjunção desses dois elementos (a positivação e a assunção da Constituição como instrumento de classe), descaracterizaram-na como realização de um projeto político fundado na liberdade e tornaram possível a Teoria da Constituição.

Essas considerações são a base para demonstrar que a transformação dos escopos políticos e ideológicos de uma Constituição vão provocar igualmente um deslocamento do discurso envolvendo a própria Constituição. A mudança de sentido nas pretensões políticas provocou uma transformação no discurso sobre a Carta Constitucional, cuja caracterização foi limitada às condições da realidade histórica, exigindo, assim, o abandono do caráter filosófico do discurso que a constituiu. O discurso passou a ser sobre a Constituição, com o intuito de descrevê-la e defini-la, adquirindo, então, o sentido de teoria.<sup>2</sup>

A partir dessa data, é possível apontar os dois sentidos constitutivos da Teoria da Constituição contemporânea: a Teoria Formal da Constituição e a Teoria Material da Constituição, respectivamente. O primeiro modelo representa a maximização do projeto liberal, consolidado através dos trabalhos de JELLINEK e KELSEN. Já o segundo, cuja concepção é considerada antagônica a primeira, acaba por se caracterizar como mais democrática e igualitária. Essa matriz constitucional que se configura a partir dos trabalhos elaborados por SCHMITT, HELLER e SMEND, adquire contornos mais rebuscados com os juristas alemães do pós-guerra: HESSE, MÜLLER e HÄBERLE, e, ainda, provoca uma transformação considerável no âmbito material da Teoria Constitucional, inserindo preocupações<sup>3</sup> que, até o seu advento, eram desconsideradas ou até

---

<sup>1</sup> Tal como foi visto, a partir de SIEYÈS, sobretudo através da criação da teoria do poder constituinte, inicia-se uma formalização extrema de seu conteúdo, pautada pela diferenciação entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado.

<sup>2</sup> A idéia de teoria responde a uma tradição positivista cuja origem está nas ciências naturais, que tem na descrição dos objetos a primeira obrigação, qualquer que seja o ramo do saber.

<sup>3</sup> A interpretação constitucional, dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade e a idéia de Constituição como processo.

mesmo desconhecidas pela Teoria Constitucional. Antes, contudo, de passar ao seu estudo particularizado, faz-se necessário apresentar, ainda que rapidamente, o conceito atual de Teoria Constitucional, em seu sentido lato.

A Teoria da Constituição é o ramo do direito constitucional<sup>4</sup> que corresponde ao seu âmbito mais geral –porque prescinde da análise de um direito positivo específico– e, também, ao seu aspecto mais sistemático, pois visa a formar uma teoria geral.<sup>5</sup> Enquanto disciplina autônoma, a Teoria da Constituição surge somente no início do século XX, na Alemanha, através dos trabalhos dos juristas já citados, preocupados com os limites teóricos da tradicional Teoria Geral do Estado, que se mostrava incapaz de implementar a Constituição de Weimar.

Além da transformação estrutural do objeto de reflexão, típico das formas pré-constitucionais, que ocasionou o surgimento do modelo neopositivista, há outras causas para o aparecimento da vertente mais democrática: a crise do positivismo jurídico, que reinou soberano até o início do século XX e a tentativa de dar vazão às reflexões sobre o conceito de Constituição como uma *ciência*

---

<sup>4</sup> Segundo J. J. CANOTILHO (1993: 152), *por doutrina do direito constitucional considera-se a disciplina jurídico-científica que tem como objeto o estudo do direito constitucional vigente em determinado país. A principal tarefa da doutrina do direito constitucional consiste na investigação, compreensão e extrinsecação daquilo que com base no direito constitucional positivo, é considerado como ordenamento jurídico-constitucionalmente vinculante.* As primeiras cátedras de direito constitucional surgiram na Itália (Bolonha e Pávia), em março de 1797, sob a denominação de direito público, que, por sua vez, nasce impulsionado pelo jusnaturalismo revolucionário e com o objetivo de delimitar os direitos fundamentais, a separação dos poderes e a igualdade perante a lei. Assim, muito mais do que descrever a Constituição –pretensão declarada de qualquer estudo dogmático– o direito constitucional dedicava-se a prescrever como deveriam ser as constituições que começavam a surgir naquele momento, influenciadas pelo liberalismo crescente. Pretendia, igualmente, controlar o exercício do poder político através do direito, especificamente por meio de uma Constituição escrita. No Brasil essa disciplina apareceu bem mais tarde, por volta de 1840, sob a designação de direito público constitucional. Foi dividida em duas áreas de abrangência: a teoria geral do estado e o direito constitucional dogmático. As principais características do direito constitucional são, segundo CANOTILHO, a fonte primária da produção jurídica, sua posição hierárquica superior a outros ramos do direito e a autoprímazia normativa. Já, de acordo com José Afonso da SILVA, o direito constitucional é a tentativa de fornecer um conhecimento sistematizado das regras jurídicas relativas à forma e à estrutura do Estado, à forma de governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, às relações entre órgãos superiores, bem como à maneira de definir os critérios de participação e delimitação da cidadania.

<sup>5</sup> Cabe registrar a preocupação de Paulo BONAVIDES (1996: 28) em não confundir o âmbito de incidência do caráter geral do direito constitucional –representado pela Teoria Constitucional– com o direito constitucional comparado, que tem como *escopo o exame das regras constitucionais de uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos* e que, segundo o autor, poderá, inclusive, produzir algumas categorias e conceitos de caráter geral e até científico, mas não necessariamente

*cultural ligada a valores*,<sup>6</sup> (que buscava ultrapassar o normativismo estrito expresso na dicotomia *ser/dever-ser* kelseniana – marca do primeiro momento da Teoria Constitucional), a crise do Estado Liberal e o aparecimento dos Estados totalitários (que colocaram em pauta o significado e o valor de uma Constituição na consolidação do Estado democrático). São causas que tiveram sua importância, sobretudo na Alemanha do período entre guerras, e são elementos centrais para a compreensão da sua formação.

A Teoria Constitucional surge com preocupações que lhe são inerentes e caracterizam seu âmbito material:<sup>7</sup> *conceito e significado de uma Constituição escrita; poder constituinte e reforma da Constituição; validade e eficácia das normas constitucionais; organização e limite do poder político; controle da constitucionalidade, da interpretação constitucional e, finalmente, conceito e função dos direitos fundamentais*. É consenso geral entre os teóricos, porém, que o núcleo central de temas passa, obrigatoriamente, pelo estudo das contingências de tempo e espaço.<sup>8</sup> Essa conceitualização requer, portanto, compreendê-la, antes de qualquer coisa, como análise e reflexão sobre as relações entre a Constituição e o direito constitucional propriamente dito, mas, ao mesmo tempo, como análise das relações entre Constituição, Estado e poder político, sustentada, acima de tudo, na procura da consolidação de uma democracia constitucional.<sup>9</sup>

---

constituir-se em uma teoria geral do direito constitucional. A criação dessa teoria geral é a função precípua da Teoria Constitucional.

<sup>6</sup> Segundo Pablo LUCAS VERDÚ (1997: 39-41), a Teoria Constitucional, como ciência cultural ligada a valores, representa uma inovação perante as posturas positivistas passadas e presentes (basicamente as neopositivistas e as neoconstitucionalistas). Há que se constatar que a Constituição detém, necessariamente, uma dimensão axiológica, ligada à supremacia de valores como liberdade, justiça, igualdade, pluralismo político e, acima de tudo, a dignidade humana.

<sup>7</sup> Esse âmbito material não se encontra previamente delimitado, como ocorre com o direito constitucional positivo, restrito à Constituição que procura analisar. Na Teoria Constitucional, esse âmbito varia de acordo com a abordagem que se pretende realizar, o momento histórico e, ainda, conforme o marco teórico que sirva de referência. Em consequência, selecionamos as categorias a serem aqui tratadas, dentre as mais constantes entre os autores estudados.

<sup>8</sup> Ver, a esse respeito, os tratados de Teoria da Constituição de LUCAS VERDÚ, BONAVIDES, CANOTILHO, MIRANDA, entre outros.

<sup>9</sup> De forma mais específica, pode-se definir a Teoria da Constituição como sendo *o estatuto teórico da teoria crítica e normativa da Constituição*. Isto num triplo sentido: (1) como instância crítica das soluções constituintes consagradas nas leis fundamentais e das propostas avançadas para a criação e revisão de uma Constituição nos momentos fundamentais; (2) como fonte de descoberta de decisões, princípios, regras e alternativas, acolhidas pelos vários modelos de Constituição; (3) como filtro de racionalização das pré-compreensões do intérprete das normas constitucionais

### 2.1.1 O contexto histórico da formação da Teoria da Constituição: breves notas para a compreensão do eixo Weimar/ Viena

A compreensão do motivo pelo qual o eixo Weimar/Viena atingiu uma relevância tão grande, a ponto de ser considerado o marco constitutivo da Teoria Constitucional, requer que sejam efetuados alguns esclarecimentos importantes. É preciso compreender, inicialmente, por que as contribuições efetuadas pelos juristas alemães tiveram tanta repercussão na Áustria e vice-versa, para verificar, em seguida, as causas que possibilitaram um avanço tão grande nas discussões constitucionais de início do século e, por último, importa compreender que impulsos moveram KELSEN na formulação de uma Teoria Formal da Constituição e, igualmente, o que levou os juristas de Weimar a redefini-la em termos materiais.

Inicialmente, é possível afirmar que as contribuições de KELSEN e dos grandes juristas de Weimar –SCHMITT, HESSE e SMEND– somente tiveram uma repercussão tão extensa devido ao fato de que todos eles se encontravam inseridos num contexto cultural que, movido pela circulação de professores de um Estado para o outro, demonstrou-se extremamente propício às indagações político-constitucionais. De fato, tanto Weimar quanto Viena viveram momentos decisivos de formas distintas e complementares, marcadas pela tentativa de consolidação de uma democracia constitucional. Além disto, diz LUCAS VERDU (1990: 12),

---

(CANOTILHO, 1998: 1188). A esse ponto de vista apresentado pelo autor português, deve-se acrescentar a contribuição de Pablo LUCAS VERDÚ (1997: 22), para quem a Teoria da Constituição foi concebida como *cultura euroatlântica, ideologicamente inspirada, justificada por valores, que iluminan, fundamentan y dinamizan mediante los derechos humanos, reconocidos y protegidos, mediante la delimitación de los poderes públicos, a una organización estructural normatizada que se apoya en una estructura sociopolítica*. Trata-se de um enfoque fundamental da Teoria Constitucional, pois, somente assim, ela pode vir a ser entendida em sua plenitude, ou seja, correlacionada com as causas históricas e políticas que lhe deram origem e a delimitaram até que atingisse sua configuração atual, ou seja, como discurso que busca a superação dos limites estabelecidos pelo constitucionalismo liberal que a antecedeu. É também a única forma de buscar a realização de valores sócio-culturais, pautando-se, basicamente, pela idéia de dignidade humana.

as duas partiram de pressupostos análogos. Começando por esta última afirmação, a cultura germânica parte da esplendorosa organização e funcionamento dos centros universitários germânicos. Tanto a universidade austríaca como a alemã caracterizam-se pelo rigor, dedicação e prestígio de seus principais mestres<sup>10</sup>.

A troca de experiências e os profícuos debates acadêmicos tiveram grande amplitude, mas, no âmbito da Teoria do Estado e da Teoria da Constituição ela foi ainda mais fértil, movida pela fundação, em 1922, do Instituto de Professores de Direito Constitucional, com sessões de trabalho em ambos os países.

As semelhanças, entretanto, param por aqui. São as diferenças, portanto, que auxiliam na compreensão das diferentes concepções de Teoria Constitucional, então formuladas. Tal como explicita LUCAS VERDÚ (1990: 13), em Viena o ambiente intelectual era movido pela tolerância, o que se justifica se lembrarmos que, durante o Império austro-húngaro, sua mesma composição de povos, com culturas, línguas e tradições distintas, motivou um espírito de tolerância ou, pelo menos, de interesse recíproco.<sup>11</sup> Dessa forma, era necessário encontrar um eixo que fortalecesse a união do império austro-húngaro, que só poderia ser a unidade jurídica do Estado, representada pela Constituição; por outro lado, tal eixo deveria assegurar as decisões finais do parlamento, que representava o espírito democrático da época.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Ainda segundo LUCAS VERDÚ (1990: 12), pode-se afirmar que *las dos partían de supuestos análogos. Empezando por esta última afirmación, la cultura germana arranca de la espléndida organización y funcionamiento de los centros universitarios germanos. Tanto la universidad austríaca como la alemana se caracterizaron por el rigor, dedicación y prestigio de sus principales maestros.*

<sup>11</sup> *esto es cierto si recordamos que durante el Império austro-húngaro su misma composición de pueblos, com culturas, lenguas y tradiciones distintas, motivó un espíritu de tolerancia o por lo menos de interés recíproco.*

<sup>12</sup> Apesar de não ser objeto desta tese, torna-se necessário um breve esclarecimento sobre a especificidade da formação do Estado alemão. A separação entre Direito Público e Privado foi, historicamente, a expressão jurídica do postulado liberal da separação entre Sociedade Civil e Estado. Contudo, razões históricas específicas à Alemanha, são condicionantes do posterior desenvolvimento de sua Teoria Constitucional, e Teoria Geral do Estado. Após a derrota da França, ao final das Guerras Napoleônicas, e a subsequente reestruturação do equilíbrio de poder europeu sob Metternich, desenharam-se novos cenários políticos e constitucionais na Alemanha. Ao centro e ao sul, foram criados, respectivamente, o “Deutsche Bund” e o “Rhein Bund”, que aglutinaram uma série de pequenos Estados e cidades independentes. Apesar da inexistência de um poder central, com competências executiva, legislativa e jurisdicionais próprias, a Constituição dessas duas ligas, em especial a do *Deutscher Bund*, as definia como sendo uma “União de Estados”. Dessa forma, ambas as ligas eram caracterizadas como sendo mais do que

O citado espírito de tolerância jamais teve espaço na República de Weimar, que, devido a contingências históricas, resumiu-se a um período de quatorze anos (1919-1933).<sup>13</sup> Dentre os motivos que contribuíram para o seu aparecimento, podemos destacar a radicalização dos conflitos grevistas, cujas primeiras manifestações datam de 1917 – sendo que, à época, reivindicavam o

---

uma mera aliança internacional, porém organizadas de forma bem menos articulada do que uma federação. Sua existência, contudo, possibilitou nos Estados e cidades envolvidos, o desenvolvimento do constitucionalismo, na forma de monarquias constitucionais, especialmente na Baviera, Baden, Brunswick e Saxen-Weimar. Contudo, os dois Estados alemães mais importantes, a Prússia e o Império Austro-Húngaro, mantiveram durante toda a primeira metade do séc. XIX (até as revoluções de 1845), um sistema político e jurídico muito próximo ao absolutismo. Nesse período, qualquer tentativa de proposta de uma Constituição que limitasse o poder político era duramente reprimida. No entanto, com a burguesia já tendo alcançado um nível bastante elevado de influência política e social, tornava-se imperioso conter a ação do Estado em determinados limites, sem contudo, limitar o Estado como um todo. Dessa necessidade, desenvolveu-se extraordinariamente o Direito Administrativo, como sendo o Direito do Estado Soberano, que, no entanto, em contato com o cidadão, deve respeitar seus direitos fundamentais e intervir na propriedade privada apenas em razão de motivos legais e judiciais. A unificação alemã em 1871, sob o absoluto predomínio prussiano, teve por conseqüência a continuidade da utilização do Direito Administrativo, como sendo o “Direito do Estado” *par excellence*, influenciando, decisivamente, no desenvolvimento da posterior Teoria Constitucional. Neste sentido, a Teoria Geral do Estado alemã do séc. XIX pode ser entendida como sendo a tentativa de análise do Estado dissociada de suas categorias constitucionais, as quais, em certa medida (em especial os direitos fundamentais negativos, de proteção ao Estado), continuavam sendo objeto do Direito Administrativo. As substanciais modificações políticas e jurídicas dos anos 1918/19, as quais possibilitaram à Alemanha, pela primeira vez em sua história, um regime democrático e um catálogo de direitos fundamentais bastante ampliado, não tiveram, inicialmente, grande repercussão no âmbito do Direito Público. Os primeiros comentários à Constituição de Weimar de 1919, foram, em sua grande maioria, semelhantes aos efetuados à Constituição prussiana de 1851 e à Constituição Imperial alemã de 1871. Isso leva um importante autor do período, como Otto Mayer, a afirmar em seu “Manual da Constituição de Weimar”, que o Direito Constitucional pode ser transitório, mas o Direito Administrativo permanece. Será apenas no decurso das décadas de 20 e 30 que autores mais contemporâneos, como Carl SCHMITT, Rudolf SMEND e Hemann HELLER irão, apesar de suas nítidas diferenças teóricas e políticas, abrir a discussão no âmbito do Direito Público, a estudos voltados a análises sociais e de caráter teleológico (finalidade da Constituição). O sentido de tal discussão estava vinculado à superação do liberalismo jurídico tradicional, tal como expresso no Direito Administrativo alemão, e concentrou-se na área da Teoria Constitucional, na problematização dos conceitos de Estado e Constituição, e na área dogmática, no estudo das categorias de Estado de Direito e dos Direitos Fundamentais (DUROSELLE, 1985: 8-10).

<sup>13</sup> Neste momento é fundamental destacar que não está entre os objetivos deste trabalho uma exaustiva pesquisa histórica deste momento crucial da humanidade nem da história constitucional. O objetivo é, unicamente, destacar as contradições internas que geraram Weimar e lhe outorgaram suas características fundamentais, visando, exclusivamente, a compreender o sentido de sua Constituição. Pode-se, afirmar, entretanto, que a República de Weimar surge enfraquecida após a derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial, marcada por uma profunda crise econômica, conseqüência, principalmente, da derrocada industrial, que vai ocasionar a chamada *proletarização da pequena burguesia*, em oposição ao surgimento dos *novos ricos* (RICHARD, 1988: 26), fruto de uma forte corrupção endêmica.

final da guerra e a melhoria das péssimas condições de vida.<sup>14</sup> Formando um círculo vicioso dos movimentos de oposição à Guerra, aparecem, cada vez mais, greves e disputas diversas, das quais resulta, porém, uma importante politização do social. As manifestações politizadas da sociedade exigirão o fim do regime imperial e a instauração da democracia, regime desconhecido pela Alemanha de então. No fim da Guerra, restou uma Alemanha dividida entre a ultradireita, os social-democratas e um forte movimento comunista. Dessa forma, deslocou-se a idéia de inimigo: de externo para interno. O que se vê, então, é a revolta de uma nação humilhada, vergada sob o peso do movimento comunista cujo principal feito foi determinar o fim do regime monárquico. Assim, apesar da aparente vitória comunista, manifestações contrárias se tornam cada vez mais acirradas até o aniquilamento total do movimento.<sup>15</sup>

Com a vitória das tendências políticas moderadas –liberais e social-democratas– começa a delinear-se o que será conhecido, a partir de então, como sendo a República de Weimar: espaço geográfico –ou seja, a Alemanha reduzida territorialmente–, localizada historicamente no início do século, que politicamente é o resultado de conflitos abafados pela violência e cujo regime político –a democracia– foi *improvisado* após o fim do imperialismo guilhermino (LUCAS VERDÚ, 1987), livre, porém, para concretizar-se enquanto República.

A partir desse momento todas as forças concentram-se na promulgação uma nova Constituição – que será elaborada em Weimar, por tratar-se de um lugar distante dos tumultos operários que, contrários à assinatura do Tratado de Versalhes que veio a ser ratificado em 28 de junho de 1919,<sup>16</sup> ameaçavam recomeçar os tumultos. A Constituição foi publicada no dia 11 de agosto de 1919 e trouxe uma readaptação do antigo sistema federalista alemão, impondo um

---

<sup>14</sup> Nomear esses conflitos, ainda que rapidamente, é crucial para a compreensão da República de Weimar, pois é através deles que se começa a desconstruir a união bélica nacional forjada em 1914, por Guilherme II, tendo como justificativa a entrada da Alemanha na Primeira Guerra Mundial. Tais conflitos ocasionaram o crescimento e a radicalização de duas tendências opostas: uma a favor da continuidade da Guerra, outra pela paz imediata (que tinha nos comunistas seus principais arautos).

<sup>15</sup> Com a prisão de comunistas importantes e o assassinato de Rosa de Luxemburgo.

<sup>16</sup> Esse fato ligou a Constituição de Weimar à vergonha alemã, fato que pode explicar seu perecimento precoce.

parlamentarismo híbrido e estabelecendo um regime democrático através do sufrágio universal.<sup>17</sup> A característica mais marcante, entretanto, foi o aparecimento, pela primeira vez na história constitucional, da preocupação com a igualdade material, cuja tentativa de concretização se deu através do estabelecimento dos direitos sociais.<sup>18</sup>

Consolida-se, assim, a partir de sua Constituição, a República de Weimar, que representou, para os alemães, a cristalização jurídica da vergonha e da derrota. A Constituição de Weimar, portanto, não podia ser algo diferente do que efetivamente foi, um paradoxo que simboliza a derrota, não somente da Guerra, mas do comunismo suplantado por um “socialismo muito moderado” e, por outro lado, a representação dos anseios liberais e democráticos então no poder. O que realmente surpreendeu, entretanto, foi o fato de uma Constituição, politicamente órfã,<sup>19</sup> ter ocasionado transformações constitucionais tão profundas. O único motivo justificando tal fato é que o discurso social-democrata é adequado ao constitucionalismo liberal que o gerou, ao mesmo tempo em que permite suas correções.<sup>20</sup> Esta, inclusive, é a nota do discurso constitucional até o momento: por um lado, a afirmação do liberalismo e, por outro, a tentativa de corrigir as desigualdades.

---

<sup>17</sup> LUCAS VERDÚ (1987: 27) define a Constituição de Weimar da seguinte maneira: era una ley fundamental resultante de la improvisación en un período excepcional, provista, al mismo tiempo, de medios extraordinarios (el famoso artículo 48) para conjugar la excepcionalidad casi-crónica que le tocó vivir, sin que impidiese por ello desembocar en la tiranía hitleriana. Estamos ante una paradoja (...) la Constitución de Weimar pareció a algunos un emblema de tecnicismo, sin satisfacer amplios sectores de la izquierda; instaurador de la democracia. O grande problema da Constituição como lei fundamental alemã foi sua incapacidade de ser reconhecida como tal, devido à sua identificação com uma democracia desorganizada e, ainda, com a derrota na guerra.

<sup>18</sup> Alguns autores apontam a Constituição mexicana de 1917 como sendo a primeira Constituição material da história constitucional, o que registramos como antecedente histórico da Constituição de Weimar.

<sup>19</sup> Isso talvez sirva para explicar por que razões a promulgação da nova Constituição não conseguiu acalmar os ânimos internos, mantendo, e em certos momentos até acirrando, as contradições. Trata-se de um momento de convulsões sociais importantes, através de motins, que, na sua maioria, foram encerrados drasticamente. Até golpes de Estado fracassados foram gestados durante a república.

Finalizando, é preciso efetuar uma ressalva. As mudanças ocorridas no Estado Alemão durante o período weimariano não o afetaram de forma estrutural. Nenhuma mudança em termos de democracia ou de implementação efetiva da igualdade material foi efetivamente concretizada. A Teoria Constitucional chamou para si esse papel, ou seja, coube-lhe a tentativa de implementar o novo modelo de Estado capaz de salvaguardar a democracia. Talvez esta tenha sido a grande marca de Weimar: ligar o discurso constitucional ao democrático, que, entretanto, ficou inconcluso. Weimar foi o momento em que o povo alemão viveu uma grande euforia e, ao mesmo tempo, um grande pessimismo, o que teria levado ao óbito da república. A própria Constituição de Weimar teria ocasionado esse fim, quando permitiu juridicamente a passagem de todos os poderes para o comandante nazista, no dia 24 de março de 1933.

### 2.1.2 A Teoria Formal da Constituição: o neopositivismo de JELLINEK e KELSEN

A chamada Teoria Formal da Constituição, também conhecida por Teoria Processual, tem como principal característica o entendimento da Carta Magna apenas como norma escrita ou estatuto jurídico de garantia, não a reconhecendo enquanto instrumento político de consecução dos interesses de uma classe dominante em determinado período histórico. Para os defensores da Teoria Formal, a Constituição deve apenas funcionar como estatuto do governo, traçando as regras do seu comportamento. Limita-se unicamente, nesse caso, a discutir a posição das normas no ordenamento e a forma de articulação e relacionamento com outras normas do sistema jurídico. Paulo BONAVIDES (1997: 148) é preciso ao definir os constitucionalistas partidários dessa concepção como “positivistas”, e reconhece que seus teóricos *em matéria constitucional são até certo ponto os*

---

<sup>20</sup> Finalmente cumpre lembrar que –além da idéia de direitos sociais– a Constituição de Weimar trouxe ideais reformistas fundamentais, tais como a transformação do caráter do ensino através de sua obrigatoriedade e a instituição da escola leiga. (RICHARD, 1988: 163-167)

*abalizados mestres da preservação da juridicidade dos textos constitucionais. Sua última geração se compõe de formalistas rigorosos e ferrenhos. A tradição deles remonta a Laband e Jellinek e alcança o ponto mais alto com o normativismo de Kelsen.* Considera, entretanto, que o principal problema dessa concepção está na redução teórica e política dos limites e possibilidades de uma Constituição, o que leva o positivismo a considerar a Carta Magna como mera organização jurídica do poder e exteriorização formal de direitos.

Com efeito, a Teoria da Constituição Formal tem base numa concepção mais tradicional de teoria e assume, portanto, uma postura cientificista, cuja principal preocupação é a descrição dos fatos a partir do sujeito que conhece o objeto, de maneira eminentemente teórica. Essa concepção, que chega às ciências sociais através de uma propugnada neutralidade axiológica, ocasionou uma separação entre o conhecimento e seus condicionantes. Em outros termos: uma contraposição entre ser e dever ser. Sem dúvida alguma, o principal representante dessa forma de conceber a Teoria Jurídica como a Teoria Constitucional é Hans KELSEN, precedido por George JELLINEK.

Efetivamente, a racionalidade instrumental-liberal surgiu, no âmbito da Teoria da Constituição, na obra do professor alemão George JELLINEK e foi levada às últimas conseqüências pelo jurista austríaco Hans KELSEN.<sup>21</sup> Embora divergentes em vários pontos,<sup>22</sup> há em comum entre eles o fato de acreditarem que

---

<sup>21</sup> A teoria kelseniana, certamente, teve maior divulgação e alcance filosófico. A teoria de JELLINEK, porém, é fundamental para perceber-se o alcance da penetração do liberalismo político na Teoria Constitucional.

<sup>22</sup> O ponto que une os dois autores é, sem dúvida, o neokantismo e sua tentativa de eliminar do conhecimento elementos que são estranhos a seu campo de saber, com a finalidade de obter um conhecimento puro. Distanciam-se, entretanto, em vários pontos. Inicialmente, a questão do ser e do dever ser será colocada de forma distinta por cada um deles. Em JELLINEK essa separação adquire contornos mais suaves do que em KELSEN. Elas seriam apenas categorias aptas a representar as teorias social e jurídica, que compõem o estudo do Estado. No entanto, apesar de separadas, para JELLINEK elas não se excluem mutuamente, pois todo direito deve ter a possibilidade de realizar-se. A posição de KELSEN é mais radical. Ele leva até as últimas conseqüências a diferenciação e propõe categorias absolutamente distintas, afirmando, inclusive, que entre elas não há comunicação alguma. Outro ponto de diferenciação está nas concepções monista e dualista de ver o Estado. Para JELLINEK, o Estado tem sempre um caráter dualista, composto por um fenômeno social e um jurídico, sustentando a superioridade do primeiro sobre o segundo. KELSEN, por outro lado, é monista. Ele enuncia a identificação total entre Estado e direito, substituindo a doutrina geral do estado por uma doutrina geral do direito. A mais importante diferença entre ambos, entretanto, é a subsistência da idéia de razão e contrato em

toda a vida política do Estado pode ser estruturada racionalmente através de um ordenamento jurídico que encerre em si mesmo a exclusividade da soberania estatal, através da dissolução de todos os poderes tradicionais; tais poderes devem converter-se em normas abstratas que levem à despersonalização do Estado e da soberania. Chega-se, assim, à afirmação do contrato social como fundamento das Constituições modernas.<sup>23</sup>

A principal preocupação que moveu JELLINEK foi a de tentar estabelecer –para delimitar e posteriormente descrever– quais os diversos aspectos que compõem o fenômeno estatal. Ao discriminá-los, buscou fundamentalmente, estipular a essência de cada um, e, dessa forma, propor um método de abordagem –e não uma separação no objeto– compatível com cada um deles. LUCAS VERDÚ estima que a teoria dualista do Estado (de JELLINEK), representa o positivismo crescente, que tem como objetivo a busca de uma pureza metódica na abordagem das ciências sociais, mais especificamente do Estado. Para alcançar tal objetivo, propõe JELLINEK a distinção entre um conhecimento causal –representado pela teoria social– e um conhecimento normativo –representado pela teoria jurídica. Essas duas ordens correspondem ao ser e ao dever ser.

A doutrina sociológica comporta o exame naturalista e histórico do Estado. Representa, fundamentalmente, a tentativa de analisar o Estado através *do modo de ser dele mesmo* (JELLINEK, 1958),<sup>24</sup> ou seja, como uma associação de homens, situados sob um poder de comando. Para o autor, a investigação deve, entretanto, concentrar-se no campo do conhecimento jurídico. O método jurídico tem como objetivo fixar os princípios através dos quais a doutrina jurídica do Estado vai constituir-se. Assim, a ciência jurídica se impõe como ciência de normas, a qual tem como matéria unicamente o *dever-ser* e que deve distinguir-se

---

JELLINEK, e a descaracterização completa dessas idéias em KELSEN. No autor austríaco, a idéia de produção de normas por um poder superior e racional é substituída pela idéia de auto-regulação, ou seja, quem produz o direito é o próprio direito.

<sup>23</sup> Essa forma de conceber o Estado e a Constituição leva a entender o Estado como sendo tipicamente burguês, criado para atender as aspirações sociais e políticas do liberalismo, então, dominante.

<sup>24</sup> O modo de ser do Estado é uma questão que diz respeito à teoria naturalista, aos fatos de natureza histórica ou social: não se podem ter leis gerais no conhecimento dos fatos sociais. Deve-

das afirmações sobre o Estado enquanto fenômeno social. A reunião desses dois aspectos configura, para JELLINEK, o fenômeno estatal. O Estado repousa sobre um contrato social que lhe deu origem. No entanto, porquanto se propõe a ser uma associação permanente, o Estado necessita de um estatuto que desenvolva sua organização e regule a situação de seus membros dentro da sociedade e em relação a ela. É o que o autor chama de Constituição (JELLINEK, 1958: 414).<sup>25</sup> O contrato deveria, assim, formar a base imutável da Constituição que, como todo contrato, deve ser escrita. Essa concepção de Constituição, que é tipicamente moderna, liga JELLINEK ao contratualismo racionalista<sup>26</sup> e reafirma a idéia de Constituição como instrumento de limitação do poder político apenas, uma vez que só se preocupa com seu aspecto formal. Esse seria, inclusive, o único aspecto capaz de conceituá-la, ou seja, como uma carta-compromisso entre o Estado e seus membros, caracterizada basicamente pela superioridade formal de suas normas.<sup>27</sup> Essa idéia é fundamental por ser a única maneira de justificar a força criadora e organizadora da soberania estatal, contida na idéia de Constituição moderna, como contrato, ou seja, a nação que lhe deu origem, a legitima. Sobre esse contrato social, considerado acordo unânime, será possível também distinguir os direitos fundamentais dos outros. Os direitos fundamentais são formados pelos direitos inalienáveis da nação, que devem estar contidos na Constituição. A Constituição moderna, dessa forma, somente pode ter o sentido de Constituição formal, e esse caráter é determinado pelo aspecto formal de suas leis: é a sua

---

se observar os fenômenos análogos, fenômenos da vida humana que se apresentam de maneira geral, bem como distinguir os fatos naturais dos sociais.

<sup>25</sup> JELLINEK reafirma a idéia de que o conceito de Constituição foi elaborado por ARISTÓTELES, ao distinguir *politéia* e leis comuns. Conforme seu princípio fundamental, de que na forma reside o essencial, considera a Constituição como a essência do Estado, o que nos permite dizer que a identidade do Estado repousa na identidade da Constituição.

<sup>26</sup> É justamente essa idéia, ou seja, tratar o Estado como resultado do contrato social e ver a Constituição como depositária das cláusulas dessa associação, que permite considerar a inserção de JELLINEK na Teoria Constitucional liberal. É preciso, entretanto, considerar que, segundo LUCAS VERDÛ, JELLINEK não realiza um estudo apurado nem individualizado da Constituição, que só vai ser estudada especificamente a partir da República de Weimar. Isso não quer dizer que as referências à Constituição sejam incipientes no autor alemão. Na verdade, é possível encontrar a Teoria Constitucional de JELLINEK através da reconstrução de seu pensamento (LUCAS VERDÛ, 1991).

<sup>27</sup> Mais especificamente diz JELLINEK (1958: 356): *Constitución es la forma del contrato fundamental, es una ley superior a las que sobre este contrato se fundan..*

superioridade perante as outras leis. O Estado que não estabelecer, portanto, essa distinção formal, não pode chamar sua Carta Magna de Constituição.

Os traços neokantistas e positivistas de JELLINEK, tanto quanto é possível verificar, manifestam-se, primordialmente, a partir de dois elementos distintos e fundamentais: a tentativa de purificação do conhecimento sobre o Estado e o entendimento exclusivo da Constituição como lei superior e carta formal de direitos. Entretanto, em que pesem as semelhanças entre os dois, e somente por isso foi possível inseri-los no mesmo contexto, há grandes diferenças entre eles.

Se bem que partilhe com JELLINEK os pressupostos epistemológicos que marcam sua obra, o jurista austríaco Hans KELSEN leva ao extremo a formalização da Teoria Constitucional, buscando consolidar o Estado de Direito e construir um sistema racional de normatização do fenômeno estatal. Pretende, assim, assegurar o máximo de estabilidade às relações sociais e, ainda, trata a Constituição preferencialmente como pressuposto de elaboração de todas as outras leis. Para compreender a teoria kelseniana da Constituição, é preciso, então, antes de mais nada, desnudar, ainda que rapidamente, os pressupostos epistemológicos que a permeiam desde sempre.<sup>28</sup>

KELSEN elaborou uma teoria geral sobre o direito positivo –sem considerar as ordens jurídicas particulares– a fim de libertar a ciência jurídica de todas as influências extrajurídicas: *quer isto dizer que ela pretende liberar a*

---

<sup>28</sup> KELSEN desenvolve sua obra inserida em limites histórico-culturais bem definidos: temporalmente, no início do século XX (a República foi proclamada em 1918, após a 1ª guerra); geograficamente, entre Viena e Weimar, sendo que a união e a troca de experiências entre essas duas capitais políticas vão representar o ambiente mais fecundo em termos de produção cultural que atinge todos os campos do saber. KELSEN insere-se naquele movimento no qual se encontram vários cientistas sociais e representantes de outros ramos do saber que, reconhecendo o componente ideológico e político das suas atividades científicas ou culturais, propõem-se a excluir esse conhecimento de suas áreas de saber. Assim, podemos afirmar que a obra de KELSEN insere-se numa tendência que impera na arte, na filosofia ou nas ciências sociais. Dentre esses movimentos, o mais relevante para a ciência jurídica foi o Círculo de Viena, que discutiu as questões em torno do neopositivismo. Este tem como fundamento a recusa total da metafísica, por considerar as proposições por ela elaboradas como carentes de sentido, por não serem passíveis de verificação nem possuírem uma significação lógica, jamais podendo, portanto, ser consideradas como científicas. Para o neopositivismo lógico, também conhecido como filosofia analítica, a ciência passa a ser a análise da linguagem e a construção de enunciados analíticos verdadeiros, por

*ciência de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental* (KELSEN, 1979: 17). Para atingir seu ideal de pureza, obriga-se a isolar do conhecimento do direito todos os elementos que lhe são estranhos. A primeira distinção – e a de maior relevância neste momento – é a separação entre direito e natureza. As ciências da natureza encontram-se na ordem do ser, e a ciência normativa na ordem do dever ser, sendo que a primeira responde ao princípio da causalidade, e a segunda, ao princípio da imputação. KELSEN exclui, portanto, do seu campo de conhecimento, os fatos naturais, e se limita às normas jurídicas.

Por outro lado, KELSEN submete ainda à sua avaliação, através da concepção monista, todas as principais categorias jurídicas. Nessa perspectiva, não há sentido em manter o dualismo direito/Estado, já que

O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade. De um ponto de vista jurídico, o problema do Estado, portanto, surge como problema da ordem jurídica nacional (KELSEN, 1997: 262).

Ao reduzir o Estado ao direito, atribuindo-lhe como única função a produção de seu próprio objeto – as normas jurídicas – acaba por provocar uma desmaterialização do conteúdo institucional inerente ao Estado, reduzindo-o a uma visão exclusivamente formal. Segundo WARAT (1984: 112), *o monismo, opondo-se à concepção dualista, vê o Estado como uma abstração teórica que reflete a norma contingente da organização das sociedades*. Com base nesses pressupostos, o autor austríaco constrói sua teoria a partir de um aparelho conceitual lógico que o leva a considerar o sistema jurídico como dinâmico,<sup>29</sup>

---

serem tautológicos ou empíricos. Ao penetrar na ciência jurídica, essa forma de tratar a ciência traz uma renovação metodológica.

<sup>29</sup> A explicação do que seja um ordenamento dinâmico é fundamental para se compreender a idéia de Constituição material em KELSEN (1979: 271): *a validade só pode, em última análise, ser fundamentada através de uma norma pressuposta por força da qual nos devemos conduzir de harmonia com os comandos de autoridade que a estabelecem ou em conformidade com as normas criadas através do costume. Esta norma apenas pode fornecer o fundamento de validade, não o conteúdo de validade das normas sobre elas fundadas. Estas formam um sistema dinâmico de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas desse*

constituindo-se numa ordem gradual em que a norma superior é fundamento de validade da norma inferior.

O fundamento de validade de uma norma pode ser apenas a validade de uma norma. Uma norma representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma, que é, em relação a ela, a norma inferior. (1979: 267)<sup>30</sup>

Para evitar que o enlace de uma norma inferior em uma norma superior possa chegar até o infinito, é preciso pensar num ponto de clausura do sistema: seria uma norma que representasse o fundamento último de validade, que não fosse posta, mas pressuposta, visto que nenhuma autoridade pode instituí-la. Essa norma mais elevada e pressuposta é a norma fundamental,<sup>31</sup> que seria, em última instância, aquela que nos obriga a proceder de acordo com a vontade da primeira Constituição. Assim, longe de querer identificar norma fundamental e Constituição (erro constante, aliás, no qual recai boa parte da doutrina constitucional pátria), parte-se da idéia, genuinamente kelseniana, de que a norma fundamental é o pressuposto de validade da Constituição.

A Constituição pode ser compreendida de duas formas: através dos seus sentidos material e formal.<sup>32</sup> Este último constitui-se num documento solene,

---

*sistema é um princípio dinâmico. O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de uma norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de um poder a uma autoridade legisladora –o que significa o mesmo– uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. A distinção entre a concepção material de KELSEN e a teoria material da constituição será melhor assinalada na nota 33.*

<sup>30</sup> O sistema também é auto-regulável, pois a criação de novas normas pressupõe a aplicação de normas já existentes, e dinâmico em oposição ao sistema estático, do qual as normas retiram sua validade em função de seu conteúdo. (KELSEN, 1998: 181).

<sup>31</sup> Luís Alberto WARAT aponta vários significados possíveis para a norma fundamental kelseniana. Entre eles destaca-se: *la función de definir el horizonte problemático y las condiciones de posibilidad del conocimiento del objeto de la ciencia del derecho; constituirse en fundamento de validez para las normas jurídicas positivas y para su sistematización; establecer el criterio último para la determinación del sentido objetivo de los actos de voluntad en función normativa, mediante la presuposición de una voluntad colectiva delegante del proceso de creación normativa* (1996: 23).

<sup>32</sup> Apesar de efetuar esta distinção, KELSEN faz a seguinte observação: *através de las múltiples transformaciones sufridas, la noción de Constitución há conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina el orden estatal en su totalidad y la esencia de la comunidad constituida por este orden. Se define de una u otra forma, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico de que se trate* (1988: 114).

composto por um conjunto de normas jurídicas, rígido quase ao extremo, que pode ser modificado apenas com a observância rigorosa de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação das referidas normas. Trata-se, segundo o autor, do sentido próprio da Constituição (KELSEN, 1988: 115). Já a Constituição material, cuja idéia diverge do constitucionalismo tradicional, representa para KELSEN (1997:182) exclusivamente um conjunto de *regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular, a criação de estatutos*.<sup>33</sup>

As questões já levantadas – a idéia de construção escalonada do ordenamento jurídico, a particularidade que o direito possui de efetuar sua própria criação, a identificação total do direito com o Estado e os conceitos material e formal da Constituição kelseniana – permitem que se considere a Constituição unicamente como processo de criação e elaboração de normas, obtido a partir da exclusão do conteúdo e função dessas categorias, para reduzi-las a mera organização dos órgãos reprodutores de normas jurídicas, colocando a Constituição como aquela norma que irá fundar-lhes essa organização no âmbito do direito positivo.<sup>34</sup>

Por ocupar espaço hierarquicamente superior ao de uma ordem normativa, a Constituição acaba por regular a produção das normas inferiores e a criação dos órgãos essenciais ao Estado. Nenhum legislador, porém, pode proceder à elaboração dessas normas sem maiores cuidados, sem ter presente o que KELSEN chama de regularidade, a relação de correspondência entre um nível inferior e um

---

<sup>33</sup> A Constituição material apresentada por KELSEN se contrapõe às idéias propostas, *significa a norma positiva ou normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Esta Constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou através de um ato de vários indivíduos para tal fim dirigido, isto é, através de um pacto legislativo. Como, neste segundo caso, ela é sempre condensada num documento, fala-se de uma Constituição escrita, para distinguir de uma Constituição não escrita, criada por via consuetudinária* (KELSEN, 1979: 310).

<sup>34</sup> KELSEN (1986: 13) acredita que somente a sua teoria é capaz de explicitar satisfatoriamente o sentido moderno de uma Constituição. A sua teoria recorre à idéia de construção escalonada de ordenamento jurídico, colocando a norma fundamental no ápice da pirâmide: *apesar das muitas transformações, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo que determina todo o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento. Não importa qual seja o modo como vem definida, a Constituição é sempre o fundamento do Estado, a base do ordenamento com que se quer tratar.*

nível superior do ordenamento jurídico. Se é a Constituição que contém os procedimentos para a aplicação do direito, ela deve estar revestida de uma forma especial que dificulte a sua revisão, através de requisitos diferenciados que lhe garantam a superioridade.

O controle da regularidade na aplicação e concretização das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais tem, ainda, um caráter bem delimitado e encontra-se restrito ao controle formal da constitucionalidade, pois para KELSEN (1981: 43), *se o direito positivo não diferencia estas duas formas, não tem cabimento estabelecer limites ao conteúdo das leis, isto se faz unicamente por motivos políticos*. A esse respeito diz ele:

é comum que se diferencie a inconstitucionalidade formal da inconstitucionalidade material das leis. Tal distinção é, porém, admissível só com a reserva de que uma inconstitucionalidade material é uma inconstitucionalidade formal. Quer dizer que uma lei com conteúdo contrário à Constituição não seria inconstitucional se fosse votada como lei constitucional. A questão é saber se deve ser observada a forma ordinária ou a constitucionalmente prevista (KELSEN, 1988: 116)<sup>35</sup>.

Essa idéia é fundamental não só para a compreensão da teoria constitucional kelseniana como também das críticas que lhe foram dirigidas posteriormente,<sup>36</sup> pois representa os desdobramentos de suas idéias jurídicas. Segundo o autor espanhol GARCIA DE ENTERRÍA (1983: 50), essa relação de subordinação entre superioridade material e superioridade formal pode-se explicar da seguinte forma:

em um plano formal, pode-se dizer que a superioridade material garante, em último extremo, a superioridade formal ou rigidez da Constituição, ao impor que toda decisão normativa que implique afastar-se do marco constitucional tenha que ser precedida, sob

<sup>35</sup> *Se distingue com frecuencia entre inconstitucionalidad formal e inconstitucionalidad material de las leyes. Esta distinción no es admisible más que con la reserva de que la inconstitucionalidad llamada de material es en último análisis también una inconstitucionalidad formal, en el sentido de que una ley cuyo contenido esté en contradicción con las prescripciones de la Constitución dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional. No puede, pues, tratarse nunca de otra más que saber si debe observarse la forma legal o la forma constitucional. Si el derecho positivo no diferencia entre estas dos formas, el establecimiento de principios no tiene sentido jurídico, y es solo una apariencia motivada por razones políticas* (KELSEN, 1988: 116).

<sup>36</sup> Refere-se, aqui, à famosa polémica estabelecida com Carl SCHMITT a respeito do Tribunal Constitucional, como se verá a seguir.

pena de nulidade, de uma reforma constitucional acordada por suas próprias causas<sup>37</sup>.

Isso posto, é possível perceber que, para KELSEN (1988: 112), essa regularidade, para ter sustentação, deve ser munida de várias garantias. *Garantias da Constituição significa, por conseguinte, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, ou seja, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis.*<sup>38</sup> Estas podem ser enquadradas em dois tipos: as preventivas e as repressivas. As preventivas são aquelas que tendem a evitar a formação de atos irregulares. Já as repressivas *são aquelas que reagem contra o ato irregular já existente e procuram impedir a sua repetição, reparar o dano causado, eliminá-lo, e eventualmente substituí-lo por um ato regular* (KELSEN, 1988: 121).<sup>39</sup> Para KELSEN, a garantia repressiva –que é a mais importante– somente pode ser efetuada por um único Tribunal<sup>40</sup> habilitado para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, e a ele deveriam dirigir-se todos os outros Tribunais que quisessem aplicá-la.<sup>41</sup> Por outro lado, também estaria dotado de uma autoridade especial sustentada na sua independência em relação à determinação de leis e decretos. Sua única função seria a de analisar a constitucionalidade de normas jurídicas emitidas pelo legislativo e pelo

<sup>37</sup> *en un plano formal puede decirse que la superlegalidad material garantiza, en ultimo extremo, la superlegalidad formal o rigidez de la Constitución, al imponer que toda decisión normativa que implique salirse del marco constitucional tenga que ir precedida, bajo pena de nulidad, de una reforma constitucional acordada por sus causas propios.*

<sup>38</sup> *Garantías de la Constitución significa, por conseguinte, garantías de la regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la constitución, es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes* (KELSEN, 1988: 112).

<sup>39</sup> *Las garantías preventivas tienden a prevenir la producción de actos irregulares. Las garantías represivas reaccionan contra el acto irregular una vez producido; tienden a impedir su repetición en el futuro, a reparar el daño por él causado, a hacerlo desaparecer y; eventualmente, a sustituirlo por un acto regular* (KELSEN, 1988: 121).

<sup>40</sup> Podemos afirmar que esse Tribunal Constitucional é uma idéia exclusiva de Hans KELSEN e constitui sua contribuição pessoal à teoria da Constituição. Foi elaborado e consta da Constituição austríaca de 1920 e foi aperfeiçoado a partir da sua reforma em 1929.

<sup>41</sup> É importante ressaltar, ainda que de forma sucinta, (pois esta idéia será retomada por ocasião do debate com SCHMITT) que a tentativa de implementar um Tribunal Constitucional sofreu inúmeras críticas. A primeira diz que tal Tribunal abalaria a soberania do Parlamento: KELSEN responde afirmando que dificilmente o órgão que fez a lei poderá declarar sua própria nulidade, visto que, equivocadamente, o Parlamento se considera um livre criador do direito, pouco vinculado à Constituição. A outra objeção feita à justiça constitucional não difere muito da primeira, e postula o fato de que a atividade desse Tribunal teria como resultado um desequilíbrio

executivo.<sup>42</sup> É importante ressaltar que, nesse momento, para KELSEN, o controle efetuado por uma justiça constitucional é determinante, inclusive para definir a própria Constituição, pois diz o autor que *uma Constituição que careça da garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é uma constituição plenamente obrigatória no sentido técnico* (KELSEN, 1988: 150),<sup>43</sup> carece de um sentido jurídico mais apurado bem como está distante de ter um sentido de obrigatoriedade, ao contrário, tem meramente o sentido de faculdade ou até mesmo de liberalidade.

O Tribunal Constitucional deve exercer, portanto, uma atividade puramente formal e não atinge, no entender de KELSEN, o caso concreto, pois o controle formal não encerra em si uma atividade judicial, mas apenas uma atividade lógica: uma atividade judicial só se configura quando da aplicação da norma a um caso concreto. Dessa forma, KELSEN acredita que seria possível evitar que o Tribunal Constitucional penetrasse em questões de fato, envolvendo-se com problemas de índole valorativa e misturando-se, assim, à função parlamentar,<sup>44</sup> o que poderia cercear-lhe a soberania.<sup>45</sup> Tal como esclarece GARCIA DE ENTERRÍA (1983:50):

---

na repartição dos poderes, ao que o autor austríaco responde que a Corte Suprema unicamente reforçaria a idéia dessa separação, pois, obrigatoriamente, o poder fiscalizaria o poder.

<sup>42</sup> Esse tribunal talvez tenha sido a principal contribuição de KELSEN à Constituição austríaca e, talvez, à Teoria Constitucional como um todo. Quando chamado a redigir a Constituição austríaca, no ano de 1919, KELSEN tinha dois objetivos políticos a atingir: estabelecer um sistema federal e um regime democrático parlamentar, que se aproximaria o máximo da democracia constitucional da República de Weimar. (HERRERA, 1997) Sem limitações jurídicas, KELSEN procura elaborar um texto altamente técnico, cuja principal contribuição é o Tribunal Constitucional, encarregado do controle de constitucionalidade das leis, através do qual ele vislumbrava a possibilidade de garantir a tão desejada democracia parlamentar.

<sup>43</sup> *una Constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en el sentido técnico.*

<sup>44</sup> Segundo GARCIA DE ENTERRIA (1983: 59), para KELSEN, *el poder legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el <legislador positivo>; outro, el Tribunal Constitucional, que elimina para mantener la coherencia del sistema las leyes que no respetam el marco constitucional.* Essas considerações efetuadas por KELSEN são o alvo de ataque de Carl SCHMITT e o debate entre os dois representa um dos momentos mais fecundos da história da Teoria Constitucional; é o que se verá no segundo capítulo, a seguir.

<sup>45</sup> O Tribunal Constitucional tem, assim, como único objetivo realizar a superioridade constitucional, oferecendo à Constituição garantias que marquem essa superioridade. Assim, diz KELSEN (1981: 57) que, *dentre os meios técnicos indicados e voltados para a garantia da regularidade das funções estatais, a anulação de ato inconstitucional representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição, sem que se excluam outros meios possíveis de assegurar a regularidade dos atos a ela subordinados.*

o Tribunal Constitucional não ajuíza nenhuma hipótese de fato singular –isso fica reservado a que haja suscitado o incidente de constitucionalidade–, mas apenas o problema puramente abstrato da compatibilidade lógica entre o pronunciamento, também abstrato, de uma lei e a norma (abstrata) da Constituição<sup>46</sup>.

Por outro lado, é importante registrar que, em que pese ao sentido formalista que dá à questão do controle, a justiça constitucional tem a importante função de garantir a democracia, cuja realização tem, nas instituições, uma condição de eficácia material. De fato, é preciso proteger ao máximo a Constituição de ataques advindos de vários lugares, principalmente, o direito das minorias frente à maioria, pois

a denominação desta última só é suportável se é exercida de forma regular [já que] a simples ameaça de recurso ao tribunal constitucional pode constituir, em mão da minoria, um instrumento adequado para impedir que a maioria viole inconstitucionalmente os interesses juridicamente protegidos daquela e para opor-se, assim, em última instância, à ditadura da maioria, que não é menos perigosa para a paz social que a da minoria (KELSEN, 1988: 152)<sup>47</sup>.

Considerando-se, entretanto, a tentativa kelseniana de relacionar o Tribunal com a concretização da democracia constitucional, é impossível suplantar, através dessas observações, a idéia maior que funda o Tribunal Constitucional, qual seja, ser o órgão que vai efetuar o controle de superioridade da Constituição. Deve-se ter presente, finalmente, que ao fazer essas conexões, funda paralelamente a Teoria Formal da Constituição, pois atrela três das principais categorias constitucionais a uma lógica formal: a Constituição considerada unicamente enquanto norma; o controle de constitucionalidade apenas enquanto controle formal; e, a interpretação constitucional enquanto

<sup>46</sup> el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular –esto queda reservado al Tribunal a quo que ha suscitado el incidente de constitucionalidad–, sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica entre el pronunciamento, también abstracto, de una ley y la norma (abstracta) de la Constitución.

<sup>47</sup> *la dominación de esta última solo es soportable si es ejercida de forma regular [já que] la simple amenaza del recurso al tribunal constitucional puede constituir, en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses juridicamente protegidos de aquella y para oponerse así, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que nos es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría.*

atividade lógica. A partir daí começa a delinear-se uma formalização extrema da Teoria da Constituição que ensejará críticas violentas por parte dos juristas de Weimar.

Ao impossibilitar a reforma ou a mudança da Constituição, o constitucionalismo formal vai produzir um tipo de Carta hermética, fechada às transformações históricas, políticas e sociais –inclusive para o legislador ordinário ou mesmo para o intérprete–, o qual ficará limitado a uma única operação lógica de adequação constitucional. Isso permite concluir que *a Constituição do positivismo jurídico-estatal é nomeadamente formalista e fechada, composta de preceitos normativos que fazem coincidir por inteiro o sentido formal com o sentido material da Constituição, fruto da confiança dos positivistas* (BONAVIDES, 1997: 149). Entretanto, para o autor pátrio, o principal problema dessa concepção está na redução teórica e política dos limites e possibilidades de uma Constituição que leva o positivismo a considerar a Carta Magna como mera organização jurídica do poder e exteriorização formal de direitos.<sup>48</sup>

Esse exagero positivista gerou o que Paulo BONAVIDES chamou de esvaziamento da Constituição, e deu origem às primeiras críticas à Teoria Formal da Constituição. Começa então a surgir aquela postura que será denominada Teoria Material da Constituição, em oposição à primeira. Inicialmente, essa perspectiva vai procurar resgatar a importância do conteúdo da Constituição, bem como sua função e relação com as forças políticas do Estado, buscando estabelecer a chamada legitimidade constitucional, através do resgate do elo que deve vincular a Constituição aos seus destinatários, que o positivismo constitucional estrito procurou veementemente desatar.

---

<sup>48</sup> Vale lembrar que já ficou estabelecido, neste trabalho, a partir da leitura de SIEYÈS, o caráter burguês da Teoria da Constituição. Resta definir o caráter positivo-racionalista no âmbito dessa mesma Teoria Constitucional.

### 2.1.3 A Teoria Material da Constituição de primeira geração: o decisionismo de Carl SCHMITT, o integracionismo de Rudolf SMEND e o sociologismo de Hermann HELLER.

Para caracterizar corretamente a Teoria Material da Constituição,<sup>49</sup> é fundamental defini-la como um instrumento político, contrariando a definição oferecida pelos positivistas, que a consideravam um instrumento meramente jurídico de limitação de poder. Segundo essa concepção, não se podem excluir das reflexões sobre a Constituição suas relações com o Estado, o poder político e a realidade social, sendo necessário compreendê-la independentemente de sua

---

<sup>49</sup> O primeiro a efetuar uma crítica relevante à concepção de Teoria Formal da Constituição foi Ferdinand LASSALLE que – sem referir-se a ela nestes termos – embora não possa ser considerado o fundador da Teoria Material da Constituição, deu os primeiros passos para configurá-la quando chamou, de forma irônica e mordaz, as Constituições do positivismo constitucional de *folhas de papel* (LASSALLE, 1985: 49). LASSALLE procura demonstrar, fundamentalmente, que conhecer juridicamente uma Constituição não significa atingir sua essência, porquanto entre a Constituição e as leis comuns há poucas diferenças. Talvez a diferença mais significativa seja o fato de se considerar a Constituição uma lei que detém características especiais sendo a principal delas a força ativa que levaria as coisas a serem o que são (no caso, as leis), o que faz da Constituição uma falácia, pois a Constituição jamais poderia determinar que as coisas sejam de uma forma ou de outra, visto que não tem nenhum tipo de força por si mesma, mas pelo fato de ser o resultado dos fatores reais do poder. *Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser o que são* (LASSALLE, 1985: 29). Isso levaria à dissolução da idéia de normatividade de uma Constituição, pois, se a Constituição escrita não corresponder a esses fatores, ela não passará de uma folha de papel. Nas palavras de GARCÍA-PELAYO (1997: 52), numa Constituição *sólo es vigente aquel deber ser que, efectivamente, es; lo demás no es, no tiene otra realidad que una hoja de papel*. Existiriam, assim, duas constituições: a Constituição real e efetiva, e a escrita. A primeira sempre existiu, pois sempre nos Estados existiram forças dominantes que determinaram ao povo que se comportasse de acordo com seus desígnios. Já a escrita é uma criação específica do positivismo moderno, que gerou novas correlações de força e poder. A chave do pensamento de LASSALLE está em encontrar a correlação entre elas: o momento em que os fatores reais do poder serão transcritos em uma folha de papel. Somente, assim, será duradoura e efetiva, se corresponder aos fatores reais que regem o país, pois o autor não deixa de reconhecer que *os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição de um país somente pode ter por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos lembrar* (LASSALLE, 1985: 67). Como já foi referido, porém, somente quando LASSALLE procura elucidar pressupostos alternativos para as funções constitucionais é que se pode considerá-lo como um teórico da Constituição, pois é, efetivamente, das denúncias de LASSALLE que partiram SCHMITT, HELLER e SMEND para a concreção de suas teorias, tal qual se verá a seguir, tornando-o momento de passagem obrigatória.

referibilidade histórica e política. Do contrário, perderia seus principais traços constitutivos. Embora os mais eminentes autores que contribuíram para a sua formação tenham divergências profundas entre si, alguns traços comuns podem ser apontados para melhor efetivar uma caracterização da referida Teoria Material da Constituição.

De acordo com GARCÍA-PELAYO (1997: 53-55), o primeiro traço constitutivo da materialidade constitucional –de primeira geração, ou seja, aquele que se forma na República de Weimar– é o fato de considerar que há uma diferença metodológica entre a Teoria Geral do Estado e a Teoria Constitucional. Esta analisaria o Estado através da Constituição e –não como tinha proposto Kelsen, com uma fusão entre ambos– dando ao conceito de Constituição uma dimensão que ultrapassa a idéia de normatividade, enquanto característica absoluta, representado, neste momento, apenas um âmbito –o jurídico– do político, que, sem retirar-lhe o caráter de normatividade, outorga-lhe um âmbito material muito maior.

Outra característica importante, que aparece a partir do acréscimo da materialidade à Constituição, seria a necessidade de considerar o conceito sociológico –através da rejeição da dicotomia ser/dever-ser– este bem mais dinâmico que a dimensão normativa, notadamente estática. Além desses traços comuns já apresentados, pode-se afirmar que o elo mais forte se encontra na rejeição à teoria kelseniana, tida por todos como extremamente formalista, vazia de conteúdo e incapaz de abarcar os desafios propostos à Constituição de Weimar. Se essas são, entretanto, as características que oferecem uma certa unidade à primeira geração da Teoria Material da Constituição, o que se tem em termos de metodologia é uma pluralidade de posições, pouco compatíveis entre si. Vê-se aparecer, então, o decisionismo de Carl SCHMITT, o sociologismo de HELLER e o integracionismo de SMEND, que, embora se possam considerar contemporâneos, foram influenciados por pressupostos epistemológicos e políticos muito distintos, e deram origem a um dos momentos mais férteis da história do constitucionalismo.

É importante ressaltar, finalmente, que, ainda que marcada pela pluralidade de métodos, a Teoria Constitucional de Weimar traz preocupações materiais comuns, tais como o conceito de Constituição, poder constituinte e reforma constitucional, funções da Constituição, normas constitucionais, interpretação constitucional e direitos fundamentais.<sup>50</sup>

Carl SCHMITT é o primeiro autor a referir-se, especificamente, a uma Teoria Constitucional. A tentativa de dar uma certa sistematicidade a esse âmbito do saber jurídico, algo inédito à sua época, pode ser considerada a linha reveladora do pensamento de SCHMITT. Embora em sua obra dedicada ao estudo da Constituição, o autor explicita essa vontade, nem sempre, entretanto, parece evidente o seu sucesso, visto que ele se dedica muito mais a efetuar críticas demolidoras ao Estado Liberal Democrático – talvez a questão mais aparente da obra – do que à construção de uma teoria sobre a Constituição. É quase impossível delimitar uma matriz teórica à qual pudesse ser filiado sem maiores restrições, visto que o autor sintetiza diversas matrizes do pensamento em seus trabalhos. Segundo LUCAS VERDÚ (1989: 34-35), SCHMITT, que foi neokantista na juventude, abandonou suas primeiras opções para tornar-se um “oportunista”, ou seja, passou a analisar, pensar e agir de acordo com a situação política do momento.

Reafirmando-se que, apesar desse “oportunismo”, sua outra grande característica é a crítica sagaz do liberalismo democrático, torna-se fácil compreender o motivo pelo qual o autor toma como referência maior, numa determinada parte de sua obra, a Teoria Constitucional. Dessa forma a Teoria Constitucional cumpre duas funções concomitantes: localiza SCHMITT no âmbito dos grandes juristas da época e propicia-lhe expressar suas convicções políticas, através de sérias críticas ao positivismo dominante de então.

---

<sup>50</sup> Esses elementos não se encontram todos num único autor, mas, se considerados globalmente, será possível verificar que é nesse momento que se define mais claramente o que se convencionou chamar de âmbito material da Constituição. As discussões em torno da Constituição de Weimar representam, também, um momento de transição em que algumas velhas questões são retomadas e, logo após, abandonadas pelo constitucionalismo material de segunda geração.

Suas críticas contumazes foram elaboradas a partir do existencialismo e do decisionismo, expressões máximas do pensamento constitucional de SCHMITT. O existencialismo leva-o a elaborar um sistema dinâmico, comprometido com as transformações sociais e políticas constantes, que exige que a idéia de verdade seja freqüentemente revista, pois é sempre uma adequação histórica. O decisionismo, por outro lado, quer significar a idéia de que toda Constituição encerra a decisão política de um determinado povo, em um dado momento histórico, no tocante a sua organização política. Considerando-se a importância desses dois conceitos na obra do autor, que não consegue ultrapassá-los, GARCÍA-PELAYO (1987: 85) afirma que a Teoria da Constituição de SCHMITT resume-se à redução constante da Constituição a decisões fundamentais e representa a mais radical expressão da etapa decisionista. Pode-se concluir, pois, que, enquanto KELSEN representa o positivismo normativista, SCHMITT representa o positivismo dos fatos, limitando toda questão constitucional a uma decisão política de um determinado povo, num determinado momento histórico.

SCHMITT inicia seu trabalho sobre Teoria Constitucional, demonstrando a vinculação da Teoria da Constituição ao liberalismo do século XIX, o que, em sua opinião, a impediria de exercer sua função primordial, que é conhecer a Constituição. Para o autor alemão, a Teoria da Constituição ainda não conseguiu elaborar para si um conjunto sistemático de conhecimentos que lhe permitisse se emancipar da Teoria Geral do Estado e, assim, oferecer uma concepção científica da Constituição de Weimar. Ao evocar para si a construção dessa racionalidade, ele passa a rever as principais categorias atreladas ao sentido de uma Constituição, a partir de seu “existencial-decisionismo”. Basicamente, submete a seu crivo o conceito de Constituição, de poder constituinte, de reforma da Constituição, de Estado de exceção, de controle de constitucionalidade e de direitos fundamentais. Porquanto fosse possível abandonar os pudores que permeiam qualquer tipo de preleção à obra de SCHMITT, é possível afirmar que a (re)leitura dessas categorias –que representam a originalidade do pensamento do autor–, bem como

a consideração global de sua obra o inserem entre os principais constitucionalistas do século XX.<sup>51</sup>

Ao efetuar uma revisão do conceito de Constituição, SCHMITT propõe distinguir seu conteúdo absoluto, relativo, positivo e ideal. O primeiro representa uma situação global de conformidade social, a forma concreta de ser de um povo num determinado momento histórico; o relativo seria aquele conceito que representa uma parte especial de determinadas leis; ideal seria o que exige um conteúdo específico para considerá-la enquanto tal.<sup>52</sup> O conceito que SCHMITT (1932: 12) destaca como constitucionalmente adequado é o chamado conceito positivo de Constituição, que a considera como aquela que emana de um poder preexistente –a vontade unitária de um determinado povo– e se exerce conforme a vontade desse poder, deslocando, dessa maneira, a fonte de validade de uma Carta Magna do dever ser para um ser: a vontade unitária que compõe o Estado em determinado momento.<sup>53</sup> Afastando-se, dessa forma, do normativismo, afirma que somente o que tem magnitude política é digno de existir juridicamente.

Em decorrência da forma como concebe a Carta Magna, SCHMITT faz a distinção entre Constituição e as leis constitucionais. O sentido das leis

---

<sup>51</sup> Não é possível esquecer as espúrias ligações de SCHMITT com o nazismo, nem o quanto se mostrou ao longo de sua obra, um jurista de ocasião, mas, num estudo sobre a Teoria Constitucional que se pretende sério e completo, não se podem relegar suas análises sobre o fenômeno político a um segundo plano, simplesmente em razão de suas posições políticas pessoais.

<sup>52</sup> Quanto ao conceito ideal de Constituição, SCHMITT aponta para a luta política como fato de sua indeterminação, pois cada vez que um partido não reconhece como sua uma Constituição, diz que ela não é legítima. O conceito ideal da Constituição surgiu da luta da burguesia contra a monarquia absoluta, criando um conceito ideal de Constituição e passando a identificá-lo com a própria idéia de Constituição. Assim, somente será uma Constituição aquela que se identificar com o conceito ideal proposto pela burguesia liberal. Esse conceito ideal de Constituição, proposto pelo liberalismo, exige a presença de determinados elementos fundamentais, tais como liberdades individuais e suas respectivas garantias, a propriedade privada, etc., sem o que não estaremos diante de uma “verdadeira” Constituição. Chamando a atenção para esse fato, SCHMITT expõe a contradição com aquilo que o marxismo consideraria como sendo uma Constituição: a liberal seria uma falsa Constituição ou a Constituição de um Estado atrasado. O liberalismo também teve a capacidade de fundar o conceito ideal de Constituição. A partir daí passa-se a distinguir entre Estados constitucionais e não-constitucionais. O conceito ideal envolve um sistema de garantias de liberdade, a divisão do poder e ainda uma Constituição escrita, tudo voltado à proteção do indivíduo contra o abuso do poder econômico.

<sup>53</sup> Assim, quando Carl SCHMITT se refere à Constituição de Weimar, diz que ela é verdadeiramente uma Constituição, pois contém as decisões políticas fundamentais sobre a forma de existência política concreta do povo alemão, claramente favorável à democracia constitucional.

constitucionais não está, como na constituição, na unidade concreta que representam, pois não contêm em si decisões fundamentais, mas apenas algumas estipulações que o constituinte desejou ver protegidas contra as transformações constantes as quais podem estar sujeitas as leis infraconstitucionais. A Constituição vale independentemente de qualquer norma jurídica anterior, as leis constitucionais valem em função de uma Constituição superior e anterior e, além disso, a pressupõem:

a distinção entre Constituição e Lei Constitucional só é possível. no entanto, porque a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte. isto é, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica (SCHMITT, 1932: 27)<sup>54</sup>.

Fundamentalmente, essa divisão permite ao autor isolar seu objeto que seria a Constituição no sentido positivo, já que unicamente assim envolve a questão da materialidade da Constituição –o fato de representar a unidade pré-existente de um Estado e, somente após, regulá-la juridicamente– e, não, como quer KELSEN, uma especificidade formal –o fato de ser um conjunto de normas hierarquicamente superiores que constituem o Estado–, consideração da qual decorrem várias conseqüências importantes.

A primeira delas é uma revisão da idéia de poder constituinte, que seria o primeiro ato no sentido de elaborar uma Constituição, através de ato instituinte; *não tem como tal umas normatizações quaisquer, mas, e precisamente por um único momento de decisão, a totalidade da unidade política considerada em sua forma particular de existência* (SCHMITT, 1932: 34).<sup>55</sup> Deve ficar claro, a partir de então, que, na teoria schmittiana, o Estado é a unidade política do povo; a Constituição é a forma concreta através da qual se manifesta a unidade do povo; e,

<sup>54</sup> *la distinción entre Constitución y Ley Constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía autêntica.*

<sup>55</sup> *El acto constituyente no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decision, la totalidad de la unidad politica considerada en su particular forma de existencia.*

finalmente, o poder constituinte representa a decisão concreta do seu titular no sentido de constituir-se a si mesmo. Quanto ao sujeito desse poder, ele reconhece sua mutabilidade histórica, de titularidade, aludindo ao fato de que o mesmo já foi exercido tanto pela divindade quanto pela monarquia ou até mesmo pela aristocracia. Assim, apesar de reconhecer a variabilidade histórica de tal poder, SCHMITT destaca que a mutabilidade está na capacidade de quem, em dado momento histórico, representa a unidade fundamental de determinado Estado.<sup>56</sup>

Essa questão recai num outro postulado, agora de índole muito mais prática, que é o problema da reforma, ressalvando-se que se trata efetivamente de reforma da Constituição, e não de um poder constituinte derivado, pois, para SCHMITT, essa última categoria (o poder constituinte) não se aplica à Constituição. De fato, por partir da diferença entre Constituição e leis fundamentais e afirmar que a primeira é fruto de uma decisão política e, portanto, somente pode ser modificada por outra decisão fundamental, resta que unicamente as leis constitucionais estariam sujeitas ao poder de reforma da Constituição, já que nenhum poder infraconstitucional pode atingi-la. Segundo VANOSSI (1975:125), *definitivamente, [para SCHMITT] é primordial distinguir e separar o poder constituinte propriamente dito, relação de todo e qualquer poder constituído, ou seja, legal-constitucional, inclusive o poder ou faculdade de revisão da chamada constituição escrita.*<sup>57</sup>

Ainda em relação à distinção entre Constituição e leis constitucionais, SCHMITT afirma que as leis fundamentais podem ser suprimidas em caso de um Estado de exceção, enquanto que a Constituição não o pode. Em sua opinião, a

---

<sup>56</sup> SCHMITT sustenta que o nascimento de uma Constituição é algo bastante distinto do nascimento de um Estado. Enquanto o nascimento de um Estado pode ser justificado através de um pacto fundador, a Constituição não pode. O único tipo de Constituição que estaria sujeita a ser resultado de um pacto fundador é a Constituição fruto de um pacto federativo, como as dos Estados Unidos e do Império alemão. A idéia de contrato serve somente nesses casos, pois a unidade não está dada anteriormente. É necessário pactuá-la politicamente devido à falta de unidade do povo –disparidade e heterogeneidade. Somente assim ter-se-ia um pacto constitucional, que dependeria das várias unidades políticas– é sempre um pacto de *status*, (pois visa a passar de um anterior para um posterior, diferente) e não de unidade.

<sup>57</sup> *en definitivo, [para SCHMITT] es primordial distinguir y separar el poder constituyente propiamente dicho, respecto de todo y cualquier poder constituído, es decir, legal-constitucional, aun el poder o facultad de revisión de la llamada constitución escrita.*

tangibilidade das leis fundamentais estaria justamente no fato de preservar a própria Constituição. Isso se explica porque estaria facultado ao presidente determinar a suspensão dos direitos fundamentais, mas não das questões que envolvem a decisão política fundamental do povo, o fato de constituir-se enquanto uma República, por exemplo. Para o jurista alemão, o sentido do Estado de exceção estaria na manutenção da decisão política fundamental, questão que coloca acima de qualquer desígnio constitucional democrático, levando, inclusive, à própria violação da Constituição. Entre outras posições, além de reforçar seu viés totalitário, essa postura o consagrou enquanto um positivista sociológico.

Na opinião de SCHMITT, entretanto, devem-se considerar, nessa questão, três circunstâncias distintas: o Estado de exceção que leva à supressão da Constituição e das leis fundamentais, e ao desaparecimento do poder constituinte. O primeiro, diz respeito à supressão revolucionária da Constituição que conduz inclusive à supressão do poder constituinte. Ao mudar o titular deste último, não se tem mais a unidade que fundou a Constituição, a qual, portanto não poderá permanecer a mesma. Pode, entretanto, ser suprimida, permanecendo o poder constituinte que a criou. Essas supressões podem ser constitucionais ou inconstitucionais. Através das inconstitucionais, algumas prescrições são postas fora de vigor sem a previsão legislativa. Já as constitucionais *...são provisoriamente postas fora de rigor com observância das prescrições legal-constitucionais previstas para uma tal suspensão* (1932: 117).<sup>58</sup> Após ter-se analisado o conceito, reconstruído sua idéia de poder constituinte e reforma da Constituição, e depois de ter verificado quais as características que o autor atribui às normas constitucionais, é preciso analisar uma das principais contribuições de SCHMITT à Teoria da Constituição: a sua interpretação dos direitos fundamentais. Ele os submete ao seu decisionismo, como faz com as outras categorias, ao afirmar que tais direitos representam a unidade da vontade do povo alemão, uma vez que estão neles consagrados todos os direitos considerados fundamentais – *contrario sensu*, existiriam direitos que, apesar de consagrados

---

<sup>58</sup> *son provisionalmente puestas fuera de vigor con observancia de las prescripciones legal-constitucionales previstas para una tal suspensión.*

constitucionalmente, não representam tal decisão. Demonstrada sua clareza de compreensão –embora dela discordando politicamente– da Constituição de Weimar, SCHMITT vai apresentar uma “classificação” dos direitos fundamentais, efetuando uma divisão entre o que chama de direitos fundamentais em sentido próprio, direitos de um *novo ethos político* (LUCAS VERDÚ) e direitos fundamentais democráticos.

Quanto aos direitos fundamentais em sentido próprio, são os chamados direitos da liberdade e dizem respeito unicamente ao homem livre, sem considerar seu relacionamento com outros homens. Em relação aos direitos democráticos – que correspondem aos direitos da cidadania– segundo SCHMITT, devem distinguir-se dos direitos populares, dos quais todos os homens seriam potencialmente titulares. Trata-se de direitos dentro do Estado –que não se aplicam, entre outros, aos estrangeiros– que buscam reproduzir a igualdade. Todos esses direitos são estruturalmente iguais, já que exigem a abstenção do Estado para garantir a liberdade.

Distinta é a estrutura dos direitos sociais (decorrentes do chamado novo *ethos político*), que exigem uma prestação positiva do Estado. Tais direitos representam o legado do fracasso comunista, como são definidos, ironicamente, os direitos derivados do trabalho. Segundo ele,

junto ao catálogo de direitos fundamentais, tal como teve de formar-se no correr do século XIX, encontram-se ainda, outras declarações fundamentais, e cabe perguntar até que ponto se dá aqui a proclamação de um novo *ethos político*, estado de natureza, a medida análoga ou igual à dos outros grandes precedentes históricos (1932:187)<sup>59</sup>.

SCHMITT antecipa, dessa forma, a grande questão do constitucionalismo social, ou seja, a estrutura, a juridicidade e a aplicabilidade das normas programáticas e dos direitos fundamentais.

---

<sup>59</sup> *junto al catálogo de derechos fundamentales, tal como hubo de formarse en el curso del siglo XIX, se encuentran todavía, estado de naturaleza la segunda parte, otras declaraciones fundamentales, y cabe preguntarse hasta que punto se da aquí la proclamación de un nuevo 'ethos' político, estado de naturaleza la medida análoga o igual a la de los otros grandes precedentes históricos.*

Cumpra agora apresentar aquela contribuição que, na opinião de LUCAS VERDÚ, pode ser considerada a contribuição mais decisiva de SCHMITT, que é a distinção entre as garantias institucionais e os direitos fundamentais. As garantias seriam algumas funções constitucionais das quais se pode lançar mão para proteger os direitos fundamentais, o que quer dizer que, embora consagrada em termos de estrutura de direitos fundamentais (inclusive em nível constitucional), sua estrutura lógica e jurídica é distinta.

A garantia institucional é, por sua essência, limitada. Só existe dentro do Estado, e se baseia no estado de natureza a idéia de uma esfera de liberdade ilimitada em princípio, é sempre uma coisa circunscrita e delimitada, ao serviço de certas tarefas e certos fins, mesmo quando as tarefas não estejam especializadas em particular, e seja admissível uma certa universalidade do círculo de atuação.(SCHMITT, 1932: 198)<sup>60</sup>.

A questão derradeira, a ser aqui exposta, é a polêmica que SCHMITT e KELSEN produziram, no início do século, para definir quem deve ser o guardião da Constituição. Ela transcende, entretanto, em muito a simples discussão acerca do controle de constitucionalidade propriamente dito.

Em linhas gerais, já foi exposta a função que um Tribunal Constitucional deveria cumprir, para KELSEN. As críticas formuladas por SCHMITT a KELSEN movem-se em duas direções. A primeira crítica parte do pressuposto de que qualquer decisão emitida por uma justiça constitucional é aplicada exclusivamente a casos concretos e acabaria por servir unicamente como precedente jurisprudencial. A segunda, afirma que uma norma nunca pode ser defendida por outra norma e, ainda, que esse fato gera um direito dos tribunais. Diante das críticas, KELSEN reafirma sua postura, alegando que ninguém pode ser juiz em causa própria e que o que está em questão é a garantia da soberania do Parlamento como representante da vontade de um povo, pois acreditava que a partir da liberdade de expressão pudesse ser atingida a verdade – a democracia

---

<sup>60</sup> *La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no estado de naturaleza la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta 'universalidad del círculo de actuación.*

parlamentar.<sup>61</sup> Para Kelsen, então, o controle de constitucionalidade torna-se uma operação lógico-jurídica, que tem como objetivo garantir a democracia, garantindo a vontade do Parlamento. Schmitt rejeita sumariamente essa concepção, pois aceitá-la significaria a submissão total do político ao jurídico, além de contrariar a doutrina da divisão de poderes.

A defesa incondicional da social-democracia –nova ordem político/constitucional estabelecida na Alemanha pós-guerra, a partir da Constituição de Weimar– é o fio condutor que permite ler a obra de Hermann Heller. O autor dedica boa parte do seu trabalho mais conhecido, Teoria do Estado, ao estudo do Estado e da Constituição, à exaltação da nova ordem política estabelecida na Alemanha pós-primeira guerra mundial; à crítica de Jellinek e Kelsen; ao debate de algumas posturas que considera equivocadas de Smend e, principalmente, à desqualificação da teoria política e constitucional de Carl Schmitt, seu principal alvo na referida obra. Heller, portanto, não se limita a reafirmar politicamente a República de Weimar, pois também está preocupado em garantir o regime político que se inaugura naquele momento, vendo, na teoria de Schmitt, uma poderosa arma contra a “democracia social-liberal”.

Ocorre que, se a defesa da social-democracia é o nexo de continuidade de sua obra, nada mais é muito claro em Heller. Com efeito, elucidar os pressupostos que permitem considerá-lo um dos principais teóricos da Constituição material, não é tarefa fácil. Um dos motivos que levam a tal dificuldade é a morte prematura, que deixou em aberto seu legado, embora não seja correto afirmar que a obra apresentada ao leitor, não espelhe, em boa medida suas posições. A outra dificuldade é um corolário, a saber, a posição intermediária que o autor assume na obra, tentando a todo momento superar o formalismo kelseniano e o decisionismo de Schmitt. Aliás, é traço típico dos pensadores sociais democratas apresentar idéias oscilantes entre o liberalismo e o marxismo, o que certamente dificulta a apreensão dessas idéias.

---

<sup>61</sup> Talvez pudesse ser afirmado que o debate entre os dois tem como pano de fundo a concepção e a utilidade do parlamento, pois, para Kelsen, a democracia passa pelo parlamento, que está sendo ameaçado pelos movimentos extremistas. Para Schmitt o parlamento representa a divisão da sociedade.

A idéia de que o Estado deve cumprir uma função social (HELLER, 1998: 257) aparece, entretanto, como uma categoria central. Ele trata de estabelecer que ao poder do Estado, tal qual a todas as instituições, cabe uma função. A diferença, contudo, é que ao Estado cabe uma função política, que influencia todas as demais e é por elas influenciada. A partir do momento em que a teoria do Estado recusou a metafísica como forma de justificação e legitimação do poder político, *o sentido do Estado só pode ser sua função social, ou seja, a missão que deve cumprir como "factor", como unidade de ação na conexão da atividade social* (HELLER, 1998:71)<sup>62</sup>. A partir da recusa à metafísica, HELLER estabelece que à teoria do Estado corresponderia o estudo da política, que somente ganha sentido se efetuado a partir da descrição, interpretação e crítica dos fenômenos políticos. Trata-se, pois, acima de tudo, de compreender o Estado, o que, no entender do professor, significa ligá-lo às suas conexões sociais, para concebê-lo como ciência cultural; o que é, aliás, a marca da materialidade do autor: o fato de considerar o Estado e a Constituição, acima de tudo, enquanto produto cultural.

Uma vez caracterizada, em HELLER, a relação da ciência do Estado com a realidade e a política, deve-se averiguar a forma como opera, em sua obra, a teoria do Estado, ou seja, quais as tarefas que cabem para que possa efetivamente refletir a realidade sem recair nos equívocos de SCHMITT e KELSEN. Ela opera através da construção de conceitos, tal qual procederam os outros autores, com a diferença de que, para HELLER, a construção deve ser pautada por uma concepção dialética –o que ele chama de conceito estrutural– entre o sujeito que conhece e as estruturas sociais reais. No âmbito da Teoria do Estado estariam localizados, então, os estudos da organização do poder

em suas conexões causais com as condições geográfico-climáticas, raciais e outras de caráter natural e com as peculiaridades econômicas, militares, morais, religiosas, nacionais, etc, da população e também, e até em primeiro lugar, sua conexão com a constituição jurídica do Estado. Também compreenderia a crítica

---

<sup>62</sup> *el sentido del Estado sólo puede ser su función social, es decir, la misión que tiene que cumplir como 'factor', como unidad de acción en la conexión de la actividad social.*

dessa constituição, assim como de toda a constituição política (HELLER, 1998: 45)<sup>63</sup>.

Deve ficar claro, entretanto, que as questões jurídicas interessam somente quando guardam relação com o poder político. A Teoria Constitucional propriamente dita faz parte, portanto, da Teoria do Estado, mas de nenhuma forma do direito constitucional positivo, visto que HELLER descarta qualquer possibilidade de a Teoria do Estado ter interesse num estudo dogmático (cfme. HELLER, 1998: 45).

Para compreender-se a Teoria da Constituição de HELLER, é preciso considerar sua postura social democrata, sustentada na idéia de que o Estado deve cumprir uma função social, e sua concepção do papel que cabe à teoria em geral e à teoria do Estado em particular. Além disso, é necessário considerar que a compreensão da Teoria Material da Constituição, enquanto ciência cultural, em HELLER, implica considerar outra tendência marcante, a saber, a abordagem que faz a partir do método sociológico dos fenômenos políticos e, principalmente, jurídicos. Ao explicar o Estado em suas conexões com o social, acaba-se por fazê-lo em suas conexões com o político. Talvez essa seja a chave para a compreensão da idéia de materialidade da Constituição no pensamento de HELLER, pois que as existências tanto do Estado quanto do indivíduo não podem ser consideradas de forma isolada, separadas de sua conexão com o social. O Estado, dessa forma, aparece claramente como uma consequência dialética, fruto da relação entre normalidade e normatividade. Assim, a regulação da vida é um fenômeno social, e não uma atitude exclusiva do Estado. O sentido do Estado estaria unicamente em aperfeiçoar essa regulação e garanti-la. Cabe, justamente, à Constituição garantir a unidade do Estado e traçar, para o futuro, um plano de ação capaz de assegurar sua função social. Dessa forma, pode-se dizer que HELLER reforça o

---

<sup>63</sup> *en sus conexiones causales con las condiciones geográfico-climáticas, raciales y otras de carácter natural y com las peculiaridades económicas, militares, morales, religiosas, nacionales, etc., de la población y también, y aun en primer lugar, su conexión con la constitución jurídica del Estado. También comprendería la crítica de esta constitución, así como de la total constitución política.*

constitucionalismo social quando considera a necessidade de se produzir uma igualdade material pelas vias constitucionais.<sup>64</sup>

Por outro lado, a inclinação para o método sociológico leva HELLER a propor, igualmente, uma análise, também dialética, que se materializa numa posição, novamente intermediária, que transparece no momento em que tanto KELSEN quanto SCHMITT são legatários do positivismo jurídico, pois consideram de um lado a norma e de outro o poder, sempre isoladamente. O autor, pode-se dizer, assume uma postura intermediária. O conceito de Constituição de Hermann HELLER deve ser compreendido como uma alternativa para superar a tensão existente entre as duas posturas teóricas dominantes no âmbito da Teoria Constitucional: uma, a que considera a Constituição apenas como norma, desprovida de qualquer conteúdo fático (JELLINEK/ KELSEN); outra, a que vê a Constituição unicamente como uma decisão de quem detém o poder político de fato, desprezando em sua análise qualquer influência propriamente jurídica (SCHMITT). Essas duas concepções lhe parecem unilaterais e irreconciliáveis, falsas em sua posição original, pois *toda teoria que prescindia das alternativas entre direito e poder, norma e vontade, objetividade e subjetividade, desconhece a construção dialética da realidade estatal e é, por isso, falsa já em seu ponto de partida* (1998: 350).<sup>65</sup> Para HELLER, o principal equívoco no qual incorreu KELSEN está no fato de ele ter desvinculado a Constituição da realidade social, produzindo o que o autor alemão chama de emancipação da conexão de sentido (cfme. HELLER, 1968: 307).

Quanto a SCHMITT, HELLER pretende que ele reincide no erro oposto ao do positivismo, quando subestima totalmente a juridicidade ou normatividade necessárias a toda Constituição, exaltando unicamente a existencialidade, de modo

---

<sup>64</sup> Enquanto normas constitucionais têm a função de procurar a vigência para uma normalidade à qual se reconhece valor positivamente, ou seja, à conduta que realiza a Constituição, não obstante as mudanças contingenciais. Aqui se identifica a noção de Estado de direito. *A destemporalização metódica que nas normas constitucionais produz a dogmática jurídica não teria, contudo, sentido se não acarretasse o de servir a um prolongamento da temporalidade da Constituição* (HELLER, 1998: 312). Esta função da norma constitucional de prolongar a Constituição real no tempo deixa de ser percebida por KELSEN e SCHMITT.

a concebê-la não mais como norma, mas como decisão política do povo. Assim, percebendo as limitações que esses autores representam para a Teoria Constitucional<sup>66</sup>, HELLER trata de apresentar um conceito de Constituição que rompa com a tensão representada pelas duas teorias. Tal conceito se caracteriza, portanto, por uma postura mais dialética, ao conciliar *o poder da norma com o poder sem norma* (HELLER, 1968: 351). Cabe à Teoria do Estado evitar as polarizações nas quais a mesma incorreu até o momento. Para tanto, tenta descobrir o elo que une a Constituição real/total à Constituição jurídica destacada e ao método jurídico-dogmático a ele correspondente. Assim, após rejeitar prontamente os dois conceitos dominantes até então, HELLER passa a explicitar o conceito de Constituição. A delimitação do conceito de Constituição deve iniciar apresentando as conexões de sentido entre ser e dever ser, desprezadas tanto por KELSEN quanto por SCHMITT, mostrando que, acima de tudo, a *Constituição representa o produto do processo de integração entre normalidade e normatividade* (HELLER, 1968: 328-330).<sup>67</sup> Esse processo de integração configura e desenvolve a unidade do Estado e se realiza a partir da conjugação entre realidade atual e realidade potencial. A primeira,

consiste em sua concordância com uma regra de previsão baseada na observação do que ocorre, como média, em determinados períodos de tempo e a segunda encontra seu valor na imensa importância não só de elevar consideravelmente a probabilidade de um fazer conforme a constituição por parte dos membros atuais ou futuros, como também de ser apenas ela que, em muitos casos, o torna possível(1998:320)<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> *toda teoría que prescindia de la alternativa derecho o poder, norma o voluntad, objetividad o subjetividad, desconoce la construcción dialéctica de la realidad estatal y es por eso, falsa ya en su punto de partida.*

<sup>66</sup> Embora na obra de Hermann HELLER a Teoria Constitucional ainda não represente um estudo isolado (mas sim localizado dentro do estudo da Teoria do Estado), a Constituição figura como um dos elementos principais para a configuração e o conhecimento do Estado, pois *a Constituição de um Estado coincide com a sua organização enquanto significa a Constituição produzida mediante atividade humana consciente e só ela* (HELLER, 1998: 295).

<sup>67</sup> Estas duas categorias são fundamentais para compreender o conceito de Constituição em HELLER.

<sup>68</sup> *consiste en su concordancia con una regla de previsión basada sobre la observación de lo que sucede por término medio en determinados períodos de tiempo, e a segunda encontra su valor na imensa importancia de que no sólo eleva considerablemente la probabilidad de un obrar conforme a la constitución por parte de los miembros actuales o futuros, sino que es sólo ella quien, en muchos casos, la hace posible.*

Por uma decisão política do povo, devem manter-se no futuro, necessitando de certa estabilidade para repetir-se. Os processos de integração nada têm a ver com os processos de integração que determinam o conceito de Constituição de SMEND. Para esse autor, a Constituição deve regular tais processos, enquanto HELLER pensa a Constituição como devendo zelar pela unidade do Estado, evitando assim que tais processos destruam a unidade do Estado, como referido anteriormente. A Carta Magna, nesse prisma, transforma o Estado numa unidade de ação ordenada.<sup>69</sup>

Em HELLER, toda Constituição total possui duas partes: a normatizada que comporta dois tipos de normatizações –jurídica e extrajurídica– e a Constituição não-normatizada. A Constituição normatizada

consiste em uma normalidade da conduta normatizada juridicamente, ou extra-juridicamente pelo costume, a moral, a religião, a urbanidade, a moda, etc. Porém as normas constitucionais, tanto as jurídicas como as extrajurídicas, são ao mesmo tempo, regras empíricas de previsão e critérios positivos de valoração para a atuação (HELLER, 1998: 320)<sup>70</sup>.

O relevante, neste ponto, é perceber que, para HELLER, o papel da Constituição está em valorar condutas consideradas socialmente positivas, e não somente as que ocorrem com certa regularidade. Já a Constituição não normatizada é apenas uma parte da Constituição total e constitui-se em motivações naturais dos homens em virtude das quais é possível esperar uma regularidade.

A regularidade –ou a Constituição não normatizada– tem a função de garantir a estabilidade das relações sociais, sem a qual não é possível a

---

<sup>69</sup> A Constituição permanece através das mudanças contingenciais graças à probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana com que ela concorda, probabilidade que se baseia, de uma parte, em mera normalidade, de fato, conforme a Constituição, da conduta de seus membros, mas, além disso, em uma normalidade normada dos mesmos e no mesmo sentido (HELLER, 1998: 317-318).

<sup>70</sup> *consiste en una normalidad de la conducta normada jurídicamente, o extrajurídicamente por la costumbre, la moral, la religión, la urbanidad, la moda, etc. Pero las normas constitucionales, tanto las jurídicas como extrajurídicas, son, a la vez que reglas empíricas de previsión, criterios positivos de valoración del obrar.*

permanência de uma Constituição. São as normas sociais que garantem a Constituição normatizada, assegurando a normalidade das condutas, pois, sem a permanência das normas sociais, não existe permanência da Constituição. O Estado pode, por outro lado, criar normas, produzindo normalidade e um programa para o futuro através da normatividade. Portanto, para que permaneçam as normas sociais ou, como diz HELLER, o *status quo*, é preciso que a normalidade se transforme em normatividade, lançando um programa que deve se repetir no futuro, produzindo novamente normalidade, integrando-se numa unidade dialética e levando a Constituição a garantir a unidade e a preservação do Estado.

Em oposição à Constituição real, a Constituição jurídica destacada seria apenas o conteúdo jurídico dessa realidade – não um ser, mas um dever-ser. Para o autor alemão, a Constituição jurídica destacada cumpre apenas um serviço científico – servir a Constituição real do Estado. O estudo da Constituição jurídica destacada, entretanto, não cabe à teoria do Estado nem à Teoria Constitucional, mas à dogmática constitucional, que deve, contudo, estar atenta ao sentido da Constituição real. Dessa forma, a dogmática deve ser histórico-social e contribuir para a formação da unidade sistemática, já que sua questão é estar voltada para a unidade do Estado em seu processo de renovação. Ao mesmo tempo, deve lançar um programa para o futuro, no sentido de que vai –em alguma medida– regular o nascimento desse processo de renovação e projetar as condutas desejadas. Afirma, então, a unidade e a continuidade, garantia de que o direito não será um direito de situação, mas contribuirá não só para a conexão histórica como também para a continuidade sistemática da Constituição jurídica, já que esse método serve à unidade de conexão estatal na simultânea cooperação dos partícipes.

O ponto de partida de Rudolf SMEND é semelhante ao de HELLER, ou seja, a controvertida República de Weimar e as críticas à teoria kelseniana. E é somente nesse sentido que a obra do autor ganha inteligibilidade, ou seja, como absorção da cultura no âmbito da Teoria Constitucional, que representa a marca do constitucionalismo material. Também como HELLER, SMEND quer superar a dicotomia ser/dever-ser, que considera a principal característica da Teoria

Constitucional. SMEND assevera, portanto, que qualquer ciência que se ocupe unicamente do ser ou, contrariamente, do dever-ser, não está apta a captar a essência do seu objeto. Segundo ele, *é necessário, ao contrário, considerar o objeto em sua ambivalência, como estrutura orgânica e ideal, a partir de um pensamento que envolva ambas as dimensões* (SMEND, 1985: 131).<sup>71</sup> Não se pode afirmar, entretanto, que essa seja a única marca de seu trabalho. Outra questão importante, que tem conexão com a anterior, é o objetivo do autor de encontrar uma clara fundamentação metodológica para a Teoria Constitucional, sem a qual, acredita, não poderá existir um direito constitucional satisfatório.

SMEND (1985: 132) considera a Constituição como um processo vivo de integração cultural, que se produz e reproduz através de seus mecanismos de integração, gerando o que o autor chama de plebiscito diário. Deve ficar claro que, para ambos, a noção de cultura como instância de realização de valores é determinante -muito mais, porém, para SMEND, para quem a integração tem um sentido dinâmico, transformador, “vital-funcional”. Nas palavras do jurista espanhol LUCAS VERDÚ (1987: 81), *a integração supõe o dinamismo, o movimento, isto é, o contrário da imanência, já que o característico do Estado é o processo de atualização funcional, de reprodução*.<sup>72</sup>

Essa idéia da Constituição como processo dinâmico de integração cultural permite entender a Teoria Constitucional de SMEND como uma teoria integracionista. Segundo o autor, *a constituição é a ordenação jurídica do Estado, ou melhor, da dinâmica vital em que se desenvolve a vida do Estado, isto é, de seu processo de integração* (SMEND, 1985:132).<sup>73</sup> Para SMEND, antes de proceder a uma análise da especificidade da Constituição como processo de integração, é necessário compreendê-la como objeto de ordenação política dos processos de integração do Estado, pois essa seria a sua natureza específica. Caberia à Constituição a regulamentação jurídica dos processos de integração

<sup>71</sup> *es necesario considerar al objeto, por el contrario, en su ambivalencia, como estructura orgánica e ideal, desde un pensamiento que abarque ambas dimensiones.*

<sup>72</sup> *la integración supone el dinamismo, el movimiento, lo contrario a la imanencia, en la medida que lo característico del Estado es el proceso de actualización funcional, de reproducción.*

<sup>73</sup> *la constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración.*

estatal, visto que o Estado é mero processo de integração, o que é possível porque o Estado não é uma instituição fundante ou primeira, constituída unicamente para realizar objetivos comuns, de caráter dinâmico, que consistem na sua constante restauração como vontade soberana. Para o jurista alemão, o Estado já pressupõe a existência de valores anteriores a ele mesmo –os direitos fundamentais– vividos por uma comunidade que os renovará e atualizará num processo constante de integração, no qual o Estado é o processo de realização. A eficácia e a possibilidade de realização dessa integração estaria:

condicionada à existência de uma comunidade de valores que não é questionada pela luta política porque se mantém a salvo dela; é essa comunidade de valores que dota a luta de pautas normativas e lhe dá sentido como função integradora da vida em grupo (1985:87)<sup>74</sup>.

Neste ponto, já é possível esclarecer que, para SMEND, o Estado não tem um conteúdo ontológico prévio ou uma

essência real “em si”, que possa ser utilizada com o fim de realizar determinados objetivos exteriores a ele mesmo. Ao contrário disso, o Estado é real, unicamente na medida em que é realização de um significado material; mais ainda, o Estado se identifica com a realidade desse sentido material (1985: 93)<sup>75</sup>.

Esse processo de integração política –categoria de alcance maior para definir o Estado– é constante e tem como finalidade *a perpétua reimplantação da realidade total do Estado, e a Constituição é a concretização legal ou normativa de determinados aspectos desse processo* (SMEND, 1985: 132).<sup>76</sup> O Estado não se limita aos processos plasmados na Carta, ressalta SMEND, pois ele é algo mais do que processos de integração que se encontram na Constituição, já que *a finalidade integradora que se pretende tenham as normas constitucionais*

---

<sup>74</sup> *condicionada por la existencia de una comunidad de valores que no es cuestionada por la lucha política porque se mantiene a salvo de ella, comunidad de valores que dota de pautas normativas a la lucha y le da su sentido como función integradora de la vida del grupo.*

<sup>75</sup> *esencia real ‘en sí’, que pueda ser utilizada con el fin de realizar determinados objetivos exteriores a él mismo. Antes al contrario, el Estado es real, unicamente en la medida en que es realización de un significado material; es más, el Estado se identifica con la realidad de dicho significado material.*

*depende da ação conjunta de todos os impulsos e motivações políticas da comunidade, e de que, em certas ocasiões, essa função integradora se realize fora dos canais constitucionais (SMEND, 1985:133).<sup>77</sup>*

A integração política, considerada então, como processo global, dá-se através de três processos distintos, que incluem três grupos de integração: pessoal, funcional, material. O processo de integração pessoal corresponde à função criadora dos chefes de Estado, líderes, elites, entre outros. A integração funcional se dá através das eleições e votações, pois atualizam e desenvolvem processos no Estado. Já a integração material converte o Estado em realidade ao conferir-lhe substância.<sup>78</sup> Esses três sistemas de integração formam o caráter material da Constituição, à qual cabe prioritariamente fixar a garantia de existência e desenvolvimento do Estado. Esses três sistemas devem, insista-se, estar amparados num sistema cultural anterior ao seu movimento, os direitos fundamentais, que, no caso de SMEND, devem funcionar como suporte valorativo e cultural do povo alemão, o que LUCAS VERDÚ (1987: 117) exprime com palavras precisas: *os direitos fundamentais como expressão de um sistema cultural axiológico.*<sup>79</sup> Somente mediante a existência dessa unidade cultural o sistema de integração pode funcionar. Os direitos fundamentais são uma questão de caráter cultural e político-jurídico, ou seja, um ato constitutivo da realidade e, para SMEND, não equivalem a sua regulamentação estatutária.

Além da função de integração, SMEND atribui à Constituição o caráter unificador do Estado Moderno, que não deixa de reconhecer na Constituição o seu

<sup>76</sup> *la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado: y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso.*

<sup>77</sup> *la finalidad integradora que se pretende tengan las normas constitucionales depende de la acción conjunta de todos los impulsos y motivaciones políticas de comunidad, y de que, en ocasiones, esta función integradora se realiza fuera de los canales constitucionales.*

<sup>78</sup> Vale ressaltar aqui que SMEND refuta a idéia de delimitação do Estado como âmbito espacial. O território é sempre uma questão de direito internacional, e os sujeitos do Estado, que estão subordinados ao território, não têm seu estatuto fixado pelo mesmo. O Estado, como realidade espiritual, não pode considerar os órgãos como mera questão jurídica. Ela é mais uma questão de divisão de poderes do que a função que cada um deve realizar. É uma realidade espiritual através da qual os órgãos estatais são realidade anterior. A integração é da vida espiritual, e as funções estatais são seu fator mais evidente.

<sup>79</sup> *los derechos fundamentales como expresión de un sistema cultural axiológico.*

traço distintivo tradicional, qual seja, o elemento normativo. O autor ressalta, no entanto, que o reconhecimento não aproxima sua Teoria Constitucional das de JELLINEK e KELSEN, pois a principal característica que lhe é própria é prever um sistema exclusivo para as ciências sociais (que ele chama de ciências do espírito), em contraponto ao sistema formalizado proveniente da lógica e das ciências naturais. Há, ainda, outra distinção fundamental entre as duas concepções de Constituição. Para a matriz positivista, a Constituição jurídica é um ato estático, que se esgota em si mesmo, quando estabelece os órgãos de poder, suas regras de procedimento e o estatuto jurídico de seus cidadãos. Já para a matriz material ou axiológica, a Constituição, além de ser um ato de unificação, é um ato de integração de todos os indivíduos numa coletividade ou, ainda, um processo que integra todos os indivíduos presentes numa unidade superior. A eficácia integradora não é fruto de um produto estático de integração, mas de um processo constante em que a Constituição realiza a integração jurídico-política.

Parece claro, então, que o autor não considera a Constituição de um Estado como sendo simplesmente seu estatuto de organização, mas a fórmula que funda determinado grupo e permite sua contínua criação e renovação. Essa reprodução, porém, não se dá por si mesma, como no sistema kelseniano, mas deve ser renovada a cada momento, através dos órgãos que possibilitam o debate interno no Estado. Trata-se, aqui, de uma questão central na Teoria Constitucional de SMEND, pois é nela que gravita a possibilidade de considerar a Teoria Constitucional como sendo integracionista. Na qualidade de Teoria da Constituição material, a Teoria de SMEND não prescinde da idéia de valores, mas, ao contrário, os pressupõe como integrantes e, acima de tudo, fundantes da ordem estatal. Assim,

essa característica da constituição de Estado como uma ordem integradora, fruto da eficácia integradora de seus próprios valores materiais, é o que a distingue, primária e basicamente, dos estatutos constituintes de outras associações (1985:40)<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> *esta característica de la constitución de Estado como un orden integrador, fruto de la eficacia integradora de sus valores materiales propios es lo que la distingue primaria y basicamente de los estatutos constituyentes de otras asociaciones.*

A Teoria Material da Constituição de SMEND, dentre todas as teorias gestadas na República de Weimar, foi a que teve maior alcance e repercussão. Através dessa teoria integracionista, SMEND transforma a idéia de interpretação constitucional, dando-lhe um caráter bem mais amplo (como se verá a seguir), redimensiona a noção de direitos fundamentais, transformando-os em substrato cultural indispensável para a realização da Constituição e, ainda, lança as bases da moderna concepção da Constituição. Isso se dá através da idéia de abertura constitucional em constante realização, o que está no cerne do conceito de Constituição como processo, conceito que, por sua vez, se encontra ligado ao de interpretação como processo aberto. Eis aí três questões que resumem o problema do constitucionalismo atual.

## 2.2 A HERANÇA DO CONSTITUCIONALISMO DE WEIMAR: A PROBLEMÁTICA DO CONSTITUCIONALISMO ATUAL ATRAVÉS DAS OBRAS DE HESSE, MÜLLER E HÄBERLE

Os debates em torno da República de Weimar influenciaram toda uma geração de juristas atuantes logo após a segunda guerra mundial, e, da mesma maneira que seus antecessores, esses juristas assumem a materialidade da Constituição, agora, porém, com bases distintas. De fato, em Weimar, a grande questão era ressaltar as relações do direito com o poder, denunciando o comprometimento da teoria kelseniana com o liberalismo, para demonstrar, assim, que a Constituição era um instrumento de regulação política, sujeita aos seus desígnios, e não simples instrumento de organização jurídica do Estado. Ocorre que, ao efetuar tal denúncia, os constitucionalistas de Weimar acabaram por desprezar o potencial conformador que a Constituição deveria ter, tirando-lhe o valor de documento jurídico, para transformá-la em uma folha de papel. Foi, portanto, nesse ponto que se iniciaram os debates em torno da Lei Fundamental, na tentativa de encontrar uma mediação entre a Carta Magna e as forças que atuam no Estado, evitando, porém, que a Carta parecesse o ponto mais fraco desse binômio.

O resgate da Constituição obrigou os constitucionalistas a apresentar argumentos que situassem o debate em termos distintos: sai o poder de fato, aparece o poder da Constituição; a vontade de poder cede lugar à vontade de Constituição, ou seja, a grande preocupação do momento é fazer da Constituição, além de um elemento de conformação jurídica do presente, um instrumento de construção do futuro. A Constituição, portanto, vai impor tarefas ao Estado e reforçar, novamente, sua força normativa. Essa capacidade atribuída à Constituição, de construir o futuro norteando a atuação estatal, é uma das mais importantes marcas do constitucionalismo material.

Com efeito, se LASSALLE foi o grande motor da primeira geração do constitucionalismo material, sendo historicamente bem anterior, o grande precursor do constitucionalismo material de segunda geração –ou constitucionalismo da tópica– foi Rudolf SMEND. Sua obra, bem como a contribuição dos outros autores weimarianos, cujo papel fundador pode ser atribuído ao fato de terem lançado significativas contribuições ao debate constitucional, sustentado na idéia de cultura, farão eco na Alemanha pós-guerra. Ainda que suspensas durante o tempo em que o nazismo dominou o Estado Alemão, já por volta da década de cinqüenta, as discussões em torno da Constituição retornaram fortalecidas, agora pautadas por novos problemas e perspectivas. De fato, algumas questões que marcaram o debate da gênese constitucional ou, até mesmo, o tema sobre a formação da Teoria Constitucional propriamente dita são abandonados. Vê-se, assim, diminuírem as preocupações com o conceito de Constituição, o problema do poder constituinte e da reforma da Constituição, com a limitação do poder político e a validade e eficácia das normas constitucionais.

Por outro lado, vê-se crescerem em importância as polêmicas referentes à interpretação constitucional, ao controle de constitucionalidade e aos direitos fundamentais os quais vão consolidar a Teoria Material da Constituição como matriz epistemologicamente dominante, e vão como que estabelecer um vínculo definitivo entre Constituição e democracia constitucional. É justamente a partir dessa preocupação que começam a se delinear as demandas que determinam o sentido e o caráter do constitucionalismo atual, a saber: o problema da interpretação constitucional, a idéia de Constituição como processo, o princípio da proporcionalidade e o problema decorrente da conjugação desses dois elementos, a jurisprudencialização da Constituição e sua conseqüente aproximação do constitucionalismo americano, derivações da dominação do constitucionalismo contemporâneo por uma forma de interpretação norteada pela jurisprudência dos valores que têm na idéia de proporcionalidade seu centro gravitacional.

Verdadeira “Revolução Copernicana” que se produz com a passagem do constitucionalismo formal para o material e, logo após, do constitucionalismo

material de primeira geração para o de segunda geração, ela foi impulsionada pela tópica, tendo, entretanto como pressuposto, o vínculo estabelecido anteriormente pela República de Weimar com a cultura. De fato, o binômio composto pela tópica e pela cultura traz, para a Teoria Constitucional, uma orientação original, que se constrói a partir da aceitação de que existe uma realidade circundante ao direito constitucional –a cultura– que precisa ser considerada na solução do problema *por via do debate e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam, de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente* (BONAVIDES, 2001: 449). Ao fazer isso, a tópica –que sustenta a necessidade de uma pré-compreensão conferida pela cultura/consenso– *abre as janelas para a realidade que, circunjacente ao aspecto material da Constituição, tornando-se, quer queira quer não, o elemento predominante, tende a absorver por inteiro o aspecto formal* (BONAVIDES, 2001: 453). Tal como se verá a seguir, essa orientação inovadora tem como grandes expoentes HESSE, MÜLLER e HÄBERLE, que, através de seus trabalhos, renovaram metodologicamente a Teoria da Constituição.

### 2.2.1 A Teoria Constitucional de Konrad HESSE, Frederich MÜLLER e Peter HÄBERLE

Pelo exposto até aqui, foi possível perceber que, movido pelo influxo de LASSALLE, o primeiro momento da formação da Teoria Constitucional –a Teoria Constitucional da República de Weimar– acabou por desprezar a juridicidade da Constituição, ocasionando uma desconsideração significativa do elemento jurídico e uma “sociologização” da Constituição. Já o segundo momento, formado a partir das discussões em torno da Lei Fundamental, tem um discurso bem mais moderado e tenta resgatar a normatividade perdida através da superação do paradoxo: poder *versus* Constituição, que, com muita propriedade, foi chamado por Konrad HESSE de vontade de poder *versus* vontade de Constituição. Com efeito, na concepção de LASSALLE –em larga medida

recepção por SCHMITT e HELLER— os fatores reais de poder determinam a Constituição real de um Estado e, dessa forma, a Constituição sempre acaba por sucumbir à força. Essa idéia não foi aceita unicamente em Weimar. Teve, também, larga repercussão no constitucionalismo do início do século, sendo confirmada, inclusive, pela experiência política alemã, o que leva HESSE a se perguntar se esse estado de coisas se perpetuaria.

A possibilidade de o direito sucumbir sempre perante a força desqualifica o direito constitucional e a ciência jurídica e, ainda, determina a falência da Carta Magna. Para HESSE, a única saída seria, então, reafirmar a força normativa da Constituição. Isso implicaria aceitar, num primeiro momento, que devem existir relações recíprocas entre a ordenação jurídica e a realidade, pois uma análise particularizada, tal como foi efetuada em Weimar, não ofereceria uma resposta satisfatória à questão (HESSE, 1991: 13). HESSE rejeita, inicialmente, o normativismo de KELSEN e o sociologismo de SCHMITT, reafirmando a posição de HELLER, que sustenta que a Constituição deve integrar a normatividade com a normalidade,<sup>81</sup> e reafirma, também, a posição de SMEND, que foi, aliás, seu professor e o autor que mais o influenciou, sustentando que a Constituição é a ordem jurídica de uma comunidade à qual cabe a realização da unidade política a ser obtida através da redução da multiplicidade de conflitos em unidade política, alcançada, por sua vez, através de uma integração funcional entre Estado e sociedade.<sup>82</sup> O autor, entretanto, vai além. Seu objetivo principal é oferecer um conceito de Constituição material que represente os valores de uma determinada comunidade que seja capaz de moldá-la e regulá-la. Isso requer, inicialmente, que tal conceito seja histórica e socialmente adequado. Para tanto é necessário, porém, de forma imprescindível, reconhecer a força ativa de uma Constituição.

---

<sup>81</sup> Essa integração somente pode existir a partir da unidade obtida entre a normalidade e a normatividade, ressaltando-se que, para o autor, ao contrário de HELLER, a normatividade não deve representar o ponto mais débil, mas o mais forte. Pode-se afirmar ainda que, para HESSE, a Constituição real e a Constituição jurídica estão numa relação de coordenação —o que não propicia a superioridade de uma sobre a outra— mas realiza a sua co-determinação.

A força ativa de uma Constituição ou a sua pretensão de eficácia, na busca da conformação da realidade política e social, aparece a partir de uma atuação consciente e planificada, que se realiza constantemente e que

fixa os princípios regulamentadores sob os quais se deve formar a unidade política e se devem assumir as tarefas do Estado. Contém os procedimentos para resolver os conflitos no interior da comunidade. Regula a organização e o procedimento de formação da unidade política e a atuação estatal (1983: 16)<sup>83</sup>.

Deve-se, entretanto, perceber que, se o que se espera de uma Constituição é que ela efetivamente tenha vigência, é preciso que se configure/regule a realidade que ela pretende abarcar. A Constituição deve, ainda, impor tarefas ao Estado e, quando logra seus objetivos, tal como diz HESSE, construindo o futuro com base no presente, a Constituição demonstra que tem força normativa, ou seja, assim como outros fatores reais de poder, a Constituição tem condições de agir e determinar os destinos do Estado, instituindo-se como força determinante no interior do próprio Estado. A força normativa da Constituição tenta resolver diversos problemas que surgiram em decorrência do constitucionalismo material, que rejeitou a juridicidade, buscando, também, resgatar a normatividade entendida pela capacidade de regular a sociedade.

A capacidade de uma Constituição de impor sua força normativa, e assim configurar e moldar juridicamente uma comunidade, depende, em larga escala, daquilo que o autor chama de vontade de Constituição.

Pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa quando se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição (1991: 19).

---

<sup>82</sup> HESSE não efetua a tradicional distinção entre Estado e sociedade, colocando-os em pólos opostos, tal como a doutrina tradicional. Para o autor, ambos estão integrados funcionalmente, formando uma unidade.

<sup>83</sup> *fixa los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal.*

Assim, em oposição à vontade de poder, que decretava a morte da Carta Política num Estado, é preciso reafirmar a força de uma Constituição –nas palavras de HESSE– a vontade de Constituição. Isso implica uma decisão política de aceitar a sua capacidade de regular o presente e construir o futuro, na mesma medida em que qualquer outra força cogente. Para que se realize a chamada vontade de Constituição, são necessários alguns requisitos, como a aceitação da necessidade e do valor de uma ordem normativa; o envolvimento num processo de constante legitimação; e, ainda, uma ação da vontade humana. Somente se a Constituição reunir em si todos esses requisitos, poderá expressar uma vontade de Constituição e, dessa forma, estar apta a realizar sua força normativa. Isso exige que a Constituição tenha um conteúdo afinado com o presente, que, no entanto, deve ser passível de adaptação aos momentos futuros e deve, imperiosamente, sustentar seu conteúdo na *praxis*. Essas são as principais qualidades que a Constituição deve conter, para evitar a constante revisão constitucional, pois, assim, não se faz mais do que expressar a superioridade do fático sobre o jurídico.

Com o fito de evitar essa tendência, a Constituição deve, ainda, ter uma característica fundamental: ser aberta ou, até mesmo, incompleta, para permitir sua constante atualização, evitando, assim, revisão freqüente.<sup>84</sup> A abertura encerra a sua concepção material de Constituição, em oposição à tradicional idéia de precisão que caracteriza a concepção material. A idéia de Constituição aberta leva ao que se chama de interpretação em sentido lato –embora HESSE não assuma explicitamente esse sentido– que quer significar uma atualização constante da Constituição visando à realização e ao desenvolvimento de sua força normativa.<sup>85</sup>

Diversa é a interpretação em sentido estrito, da qual HESSE se ocupa especificamente em seu trabalho, quando diz que

---

<sup>84</sup> A tópica, como método de interpretação, só ganhou relevância para HESSE porque ele trabalha a partir de duas características fundamentais das normas constitucionais: a abertura para a significação e a necessária precisão que qualquer norma jurídica deve conter.

<sup>85</sup> Neste sentido, interpretação não se confunde com realização, que é muito mais *uma atualização*. *Interpretar es hallar el resultado constitucionalmente 'correcto' a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y, no, acaso, de la simple decisión por la decisión.*

a interpretação constitucional, no sentido estrito que aqui interessa, resulta necessária se estabelece como problema cada vez que se faz necessário dar-se resposta a uma questão constitucional que a Constituição não permite resolver de forma conclusiva. Ali onde não houver dúvidas não haverá interpretação, e, com freqüência, não faz falta interpretação alguma (HESSE, 1983: 35)<sup>86</sup>.

Apesar da concepção restritiva de interpretação –muito clara, quando o autor afirma que somente cabe falar em interpretação quando as normas constitucionais que se interpretam suscitam dúvidas– HESSE proclama a falência e a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação,<sup>87</sup> bem como a falácia das teorias da vontade –tanto objetiva quanto subjetiva–<sup>88</sup> na interpretação, pois *se restringir às regras tradicionais de interpretação supõe desconhecer a finalidade da interpretação constitucional* (HESSE, 1983: 42).<sup>89</sup>

Acima de tudo, o autor afirma que interpretação constitucional é concretização. Com efeito, se ele toma como pressuposto a idéia de que a Constituição é um campo aberto, em que somente algumas normas apresentam um sentido claro e, ainda, que a Carta Magna deve realizar determinadas funções, é preciso, num primeiro momento, compreender a norma, para depois aplicá-la a um problema concreto. Ao deslocar a interpretação para a concretização, HESSE a transforma numa operação tópica, que vincula as premissas ao problema e à questão. Essas premissas são os chamados princípios constitucionais, que assumem o encargo de ordenar e coordenar a solução do conflito. O autor aponta então para alguns desses princípios, como a unidade da Constituição, a concordância prática, a correção funcional, a integração e a força normativa da Constituição, que devem ser analisadas a partir de uma pré-compreensão do

---

<sup>86</sup> *la interpretación constitucional, en el sentido estricto que aquí interesa, resulta necesaria y se plantea como problema cada vez que há de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente. Allí donde no se suscitan dudas no se interpreta, y con frecuencia no hace falta interpretación alguna.*

<sup>87</sup> Os métodos tradicionais de interpretação, ou o chamado método hermenêutico clássico foi formulado por SAVIGNY e parte do pressuposto de que interpretar uma lei é encontrar o seu sentido literal através dos cânones ou regras da hermenêutica tradicional que são a interpretação literal ou gramatical, lógica, histórica e teleológica.

<sup>88</sup> Nos autores atuais há uma inversão dessa questão: interpretar não é mais desvendar um sentido prévio – como postulam as teorias da interpretação voluntarista é possível saber o que é uma norma.

sentido e âmbito da norma que somente pode ser dada por uma Teoria Constitucional.

O problema do constitucionalista é que ele não foi muito além da mera aplicação dos postulados da tópica. De fato, sua concepção de interpretação não deixa de ser restrita. É certo, apesar disso, que ele se dedicou de forma exaustiva ao problema da interpretação constitucional e, assim, obteve resultados relevantes na concepção dominante até então – que se sustentava nos métodos tradicionais oriundos do direito privado. É certo também que ele propôs uma forma específica de interpretação da Constituição, iniciando um movimento que visava a uma abertura hermenêutica e pragmática, o que resultou em sua evidente complexização. O autor resume a interpretação às normas que carecem efetivamente de sentido imediato, restringindo as possibilidades que uma concepção ampla pode oferecer. Deve-se ressaltar, entretanto, que, embora não se tenha aprofundado no assunto, HESSE já tinha assumido a idéia de interpretação conforme os princípios da proporcionalidade e da unidade do sistema, o que, sem dúvida, veio a ter repercussões importantes nos movimentos posteriores da teoria constitucional.

Nesse sentido, um autor mais recente, Frederich MÜLLER, tem, como HESSE, sua base teórica na tópica. O uso do método formulado por ARISTÓTELES e desenvolvido por VIEHWEG é, entretanto, revisto e muito mais aprimorado em relação ao direito constitucional na concepção desse autor. Segundo BONAVIDES (1996: 456), MÜLLER *tem sua base medular ou inspiração maior na tópica, a que faz alguns reparos, modificando-a em diversos pontos até chegar aos resultados da metodologia proposta*. A metodologia proposta por ele, a que o constitucionalista pátrio quer se referir, é a metódica estruturante. Segundo MÜLLER, a referida metódica

é desenvolvida com base no e com vistas ao direito constitucional. (...) A denominação metódica estruturante analisa as questões da implementação interpretante e concretizante das normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do

---

<sup>89</sup> *restringirse a las reglas tradicionales de interpretación supone desconocer la finalidad de la interpretación constitucional.*

programa da norma e do âmbito da norma. Ela procura desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas. Com isso ela se move na direção da exigência de encontrar graus de interpretação "à maneira" de Savigny, que sejam conformes ao direito constitucional atual (MÜLLER, 1999: 59).

Sem ainda distinguir-se do autor que o precedeu, se bem que a metódica de MÜLLER seja bem mais ampla e muito mais desenvolvida que a idéia de força normativa da Constituição para a interpretação da Constituição, a interpretação, para ele, também é concretização, pois quer representar *um conceito bastante abrangente de hermenêutica, interpretação, métodos de interpretação e metodologia*. (MÜLLER, 1999: 17) Informa o autor em outra passagem do seu texto que a metódica *só poderá fundamentar-se na análise de técnicas práticas de trabalho nas funções de concretização do direito e da Constituição* (MÜLLER, 1999: 60). Essa metódica pretende abranger todas as possibilidades em que uma concretização da Constituição exista. Uma metódica do direito constitucional diz respeito, portanto, a toda ação constitucionalmente orientada a funções estatais.

Para efetivamente atingir esse objetivo, MÜLLER passa, então, a justificar a necessidade de rejeitar os métodos tradicionais de interpretação. Em sua opinião, eles estão intimamente ligados ao formalismo constitucional, que identifica a norma com o texto da norma, o que equivale a dizer que interpretação seria traduzir meramente o sentido da norma, efetuando, no máximo, uma subsunção dos fatos à norma. A solução de um determinado caso seria, em conseqüência, uma questão silogística levada a termo a partir da determinação do conteúdo de uma norma, idéia, aliás, que é outro alvo importante de crítica do autor, pois estaria assentada no fato de que é possível determinar seu conteúdo, vasculhando a chamada *vontade da Constituição* ou *vontade do constituinte*.<sup>90</sup> Argumenta o autor, entretanto, que nenhum desses dois métodos tem condições de oferecer uma resposta satisfatória ao atual estágio em que se encontra o Tribunal Constitucional Federal.<sup>91</sup> Com efeito, MÜLLER aponta para um irracionalismo na *praxis* do

<sup>90</sup> Não se voltará a insistir no assunto por já ser demasiado assente que a idéia de vontade é o cerne da teoria voluntarista da interpretação.

<sup>91</sup> Nesse ponto, BONAVIDES (1996: 457) –referindo-se, a MÜLLER– faz importante esclarecimento: *a variante do concretismo de MÜLLER se apoia em reflexões críticas acerca da*

Tribunal Constitucional Federal, pois, a partir do momento em que o referido Tribunal puder constatar, ainda que não tenha assumido tal questão de forma explícita, a insuficiência dos métodos tradicionais, o mesmo acabará por lançar mão de recursos que –pelo fato de se basearem em procedimentos casuístas– extrapolam qualquer possibilidade de controle racional da aplicação do direito.<sup>92</sup>

Tal problema decorre, na opinião de MÜLLER, do fato de que a crítica ao positivismo ainda não amadureceu o suficiente para gerar novos métodos de trabalho e de que essa crise nada mais seria do que um momento de transição importante entre o positivismo legalista e a possibilidade de vir a ocorrer uma estipulação de algum tipo de sistemática de trabalho diferenciada para o direito constitucional que desse conta das transformações em curso no âmbito constitucional. Ainda, na opinião de MÜLLER, o problema que estaria impedindo que se superasse essa crise e, dessa forma, fosse possível apontar para uma nova metódica constitucional, seria o fato de que tanto a jurisprudência quanto a dogmática –já que ambas teriam os mesmos problemas– têm uma *praxis* que busca romper com o positivismo legalista, mas continuam vinculadas de forma teórica a esse tipo de positivismo –cuja principal característica é a rejeição aos valores–, o que resulta num importante impedimento a uma nova forma de *praxis* constitucional.<sup>93</sup>

Para atingir seu objetivo, ou seja, oferecer um método de interpretação constitucional que abarque a necessária relação entre a Constituição e os valores

---

*jurisprudência firmada pelo Tribunal de Karlsruhe. Reflete essa jurisprudência uma posição concretista e pragmática levantada e apregoada reiteradas vezes com um certo caráter programático por aquele Tribunal; mas ainda assim dotada de manifesta insuficiência material dos pontos de vista expendidos e de algum modo atada 'ao dogma pandectista e voluntarista' da ciência jurídica alemã do século XIX, o que torna inaceitável referida metodologia como instrumento de compreensão e interpretação da Constituições. O erro daquela jurisprudência, segundo se deduz da palavra do constitucionalista, é intentar a concretização da norma constitucional por via de métodos voluntaristas, prendendo-se aos cânones de hermenêutica clássica, que se volta para a determinação da vontade objetiva da lei.*

<sup>92</sup> Veja-se a explicação de MÜLLER (1999: 17) para justificar sua preocupação: métodos de prática jurídica e teorias dogmáticas sempre são meros recursos auxiliares de trabalho, entretanto, há sempre uma indispensabilidade do método.

<sup>93</sup> Do ponto de vista do método, o fracasso de tais concepções se deve ao fato de elas quererem superar o nível do positivismo legalista, sem deixar para trás, ao mesmo tempo, o seu *background* teórico, sua compreensão da norma e sua concepção de prescrições jurídicas como ordens logicizadas ou juízos hipotéticos (cfme. MÜLLER, 1999: 34).

que a permeiam, MÜLLER parte da refutação, por um lado, dos cânones estabelecidos por SAVIGNY e, por outro, do pragmatismo evidente que atravessa o Tribunal Constitucional Federal.<sup>94</sup> Ele se opõe, assim, ao tratamento irracional, ao descaso teórico dado a essa relação. Ao contrário, ele passa a preocupar-se com a estrutura da normatividade ou, em outros termos, com a estrutura das normas jurídicas, nas quais, em sua opinião, encontra-se a possibilidade de superação do impasse gerado. Segundo ele, é preciso perceber que

até hoje não se compreende sob “métodos” do direito constitucional os modos efetivos de trabalho da concretização das normas constitucionais no sentido abrangente, mas apenas as regras técnicas, transmitidas pela tradição. A metódica é tida por metódica da interpretação dos textos de linguagem. Mas como a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode esgotar-se somente na interpretação, na interpretação de um texto (MÜLLER, 1999: 36).

Com base nesses pressupostos epistemológicos, MÜLLER (1999: 45) propõe um novo enfoque da hermenêutica jurídica que teria como ponto de partida a *não identidade de texto da norma e norma*, mas, como esclarece BONAVIDES (1996: 456), a norma jurídica *como algo mais que o texto de uma regra normativa. De sorte que a interpretação ou concretização de uma norma transcende a interpretação do texto, ao contrário, portanto, do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais no campo jurídico*. Para tanto, são estabelecidas algumas conceitualizações iniciais. Em primeiro lugar, ele define o que é o texto da norma, que serve à formulação do programa da norma. Logo após, define o âmbito da norma, elemento co-constitutivo da prescrição e, finalmente, a normatividade, elemento estranho ao texto da norma, produzida por elementos estatal-sociais: a efetividade, o reconhecimento da Constituição e a atualidade efetiva do ordenamento constitucional.

---

<sup>94</sup> Segundo BONAVIDES (1996: 456), *procura MÜLLER demonstrar que a jurisprudência da Corte de Karlsruhe já não pode encobrir mediante artifícios verbais a ruptura com os métodos costumeiros de interpretação constitucional. De modo que se torna possível a esta altura questionar a concepção clássica da norma jurídica e sua aplicação, valendo-se para tanto da análise aos processos atuais empregados inclusive por aquele Tribunal na sua tarefa de concretizar a Constituição e que devem logicamente conduzir ao abandono das velhas e tradicionais concepções de intérpretes formalistas.*

MÜLLER propõe, então, uma metódica do direito constitucional que reúna estrutura da norma e normatividade, ultrapassando, assim, o teor literal da norma e, por via de consequência, o positivismo legalista. Isso requer que as regras de interpretação sejam substituídas por elementos que levem em consideração o teor literal da norma, mas que o ultrapassem e efetivamente “concretizem a norma”,<sup>95</sup> o que implica, num primeiro momento, suprimir o texto da norma e as conseqüentes teorias voluntaristas como ponto de partida e tomar como início uma teoria da norma jurídica – o que se chama de pré-compreensão de caráter jurídico (que, na maioria das vezes, é fornecida pela dogmática ou até mesmo pela ciência jurídica). Essa necessidade decorre da restrição que implica a mera interpretação – o que se manifesta, por exemplo, quando a interpretação pode acreditar que existem normas com sentido unívoco. Isso, na verdade, não resiste à primeira confrontação prática. Somente fica evidente o quanto uma norma é destituída de clareza quando se tenta sua efetiva concretização. Isso coloca a inexorável relação entre a norma jurídica e o caso a ser regulado.

Tendo ficado assente que, para MÜLLER, a norma está muito além do texto, não se pode tratá-la com métodos tradicionais, pois que reduzem as possibilidades da Constituição e, mesmo quando assumem a realidade material, fazem-no de forma espontânea, sem uma postura metodológica ou teórica que possa iluminar a prática. Essa postura racional será levada a termo a partir, então, da metódica estruturante, que consiste no acréscimo aos *elementos clássicos ou tradicionais distinguidos por Savigny, elementos adicionais a serem acrescentados, cabendo à nova metodologia complementar a análise estrutural do processo de concretização, de maneira que disso tudo resulte uma ‘metódica estruturante’* (BONAVIDES, 1996: 464). A concretização de normas

---

<sup>95</sup> Para compreender o real alcance dessa distinção, é preciso perceber que, na opinião de MÜLLER (1999: 46), a exigência de uma Constituição escrita não é uma propriedade inerente ao direito, é uma exigência da concretização de objetivos políticos, do Estado de direito e da democracia e, portanto, não se devem extrair desse fato conseqüências que extrapolem o sentido e o alcance de um texto escrito. Tal como diz o autor, é preciso considerar que o *texto da norma não ‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ela dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada de direito no âmbito de seu quadro.* (MÜLLER, 1999: 47)

constitucionais introduz no jogo a substituição da idéia de graus ou momentos da interpretação por elementos do processo de concretização, ou seja:

elementos metodológicos "strictiore sensu" (interpretações gramaticais, histórica, genética, sistemática e "teleológica", bem como princípios isolados de interpretação); elementos do âmbito da norma: elementos dogmáticos: elementos de teoria; elementos de técnica de solução e elementos de política do direito e de política constitucional (MÜLLER, 1999: 95).

Finalmente, no intuito de oferecer uma melhor compreensão da dimensão do método elaborado por MÜLLER, pode-se recorrer à sistematização efetuada por CANOTILHO e apontar para os princípios da metódica estruturante, a fim de captar as várias funções de realização do direito; pode-se auxiliar na obtenção de uma decisão prática; preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização; com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; valer-se de uma teoria hermenêutica da norma jurídica que desvincule norma de texto normativo; e, finalmente, deve-se propor a concretização de uma norma a partir de dois elementos: a interpretação do texto da norma e o domínio normativo. (cfme. CANOTILHO, 1993: 215-217)

Na linha de HESSE e MÜLLER, pode-se encontrar, ainda, outro importante autor alemão que, com seus trabalhos, muito tem contribuído para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do constitucionalismo material. Trata-se de Peter HÄBERLE que tem como principal fonte de preocupação o problema da interpretação constitucional.<sup>96</sup> De fato, pode-se afirmar com segurança que é a partir da interpretação tópico-concretista que ele trabalha, assim como é a partir dessa categoria que aparecerá a idéia de Constituição como processo: a idéia de Constituição como espelho da esfera pública e, finalmente, a Teoria

---

<sup>96</sup> De fato, o autor parte da interpretação constitucional que chama de interpretação em sentido lato e vai cada vez mais procurando alternativas teóricas para justificar essa opção política de tratar a Constituição através de vários mecanismos. Paulo BONAVIDES, falando de HÄBERLE, diz que sua obra *parece desdobrar-se através de três pontos principais, o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como processo aberto e público e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e 'publicização'* (BONAVIDES, 2001: 466).

Constitucional como ciência cultural que considerará a Constituição enquanto produto cultural, que como corolário do constitucionalismo material, além de representar um movimento bastante importante no sentido de sua concretização, expõe claramente as conexões entre a idéia de cultura e a tópica.

Com efeito, tais observações são possíveis quando se considera que é a partir de um modelo teórico de interpretação da Constituição que HÄBERLE vai abordar a relação desta com a sociedade que ela representa, já que, enquanto a interpretação deveria pressupor a idéia de sociedade aberta ou pluralista, na verdade, encontra-se ligada a uma concepção fechada de sociedade, que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional levada a termo através da atuação dos órgãos judiciais e de procedimentos formalizados. Esse critério restritivo de interpretação ocorre, para HÄBERLE, pelo fato de a Constituição também ser entendida de forma restritiva, ou seja, apenas como um texto jurídico, e não como a sociedade propriamente dita, sendo o texto escrito apenas a sua ordenação fundamental.

Na busca da compreensão da obra do autor, o primeiro passo deve ser definir o que ele entende por Constituição: *um espelho da publicidade e da realidade. Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite a metáfora, a própria fonte de luz. Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente* (HÄBERLE, 1997: 34). Para dar mais consistência a essa aceção, num momento bastante posterior de sua obra, HÄBERLE afirma que a Constituição nada mais é que um bem cultural que, representado por um texto escrito, tem na cultura seu suporte material, que é sua maneira de superar a idéia formalista de a Constituição ser unicamente um texto escrito. Ela representa, ao contrário, o momento histórico e o momento social por que passa um determinado povo. De certa forma, a idéia de cultura perpassa a idéia de esfera pública em HÄBERLE, mas a Constituição continua, fundamentalmente, um processo aberto.

Com efeito, HÄBERLE faz questão de enfatizar a todo momento o caráter extrajurídico do qual ela se reveste, já que é, acima de tudo, a expressão de uma cultura, a representação cultural de uma forma da vida de um povo, da qual é, sempre, a expressão e a mediação. *A constituição constitui o poder e o limita. Não*

*é apenas um texto jurídico, mas também um contexto cultural* (HÄBERLE, 1998:46).<sup>97</sup> Mas o elemento fundamental e marcante de sua obra é que, se do ponto de vista jurídico, o povo tem uma Constituição, do ponto de vista de cultural o povo está em forma constitucional. *O jurídico é apenas um aspecto da Constituição como cultura* (HÄBERLE, 1998:47).<sup>98</sup> Sendo fiel, então, a essa perspectiva que o leva a assumir a idéia de pluralismo cultural como sendo a principal marca da sociedade atual, HÄBERLE (1997: 12) afirma que *os critérios de interpretação constitucional não de ser mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade, já que, na perspectiva ampla que propõe,*<sup>99</sup>

todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive esse contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição (HÄBERLE, 1997: 15).

Esta proposição típica do pensamento de HÄBERLE tem conseqüências importantes em sua obra. Se todos os cidadãos estão chamados a interpretar a Constituição, ela se torna viva e fruto de uma constante atualização, conduzida pelas práticas cotidianas onde radique algum tipo de concretização constitucional. É uma percepção dicotômica: por um lado mais tradicional, HÄBERLE vê a Constituição como processo de interpretação do qual participam os intérpretes “ligados ao sistema estatal de interpretação” presos ao que ele chama de interpretação em sentido estrito. Outro modo de considerar a concretização constitucional identifica um modelo lato de interpretação, da qual fazem parte a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: mídia, cidadãos, associações, partidos políticos, igrejas, escolas,

<sup>97</sup> *La constitución constituye el poder y lo limita. No es solo un texto juridico, sino también un contexto cultural*

<sup>98</sup> *Lo juridico es solo un aspecto de la Constitución como cultura.*

<sup>99</sup> Para a interpretação da Constituição, em HÄBERLE, é imprescindível a existência de uma teoria democrática que para o autor, deve se construir a partir dos postulados do racionalismo crítico de POPPER.

entre outros. Resumindo, com a precisão de BONAVIDES (2001: 467): *os intérpretes da Constituição em sentido largo, são, segundo HÄBERLE, os legítimos intérpretes democráticos, já do Estado de Direito, já da 'democracia dos cidadãos'*.

Da reflexão realizada, ficou entendido que o sistema constitucional, ligado à concepção de interpretação constitucional tradicional, apresenta apenas os intérpretes internamente legitimados pelo sistema. Tal concepção se choca com a idéia de sociedade aberta e pluralista, que considera como intérpretes da Constituição todos aqueles que participam do processo democrático, já que uma sociedade marcada pela abertura democrática não pode limitar sua interpretação constitucional aos intérpretes institucionais. Ela se abre, ao contrário, para o povo, e este não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição, mas é, exatamente por isso, quem confere legitimidade democrática ao processo de decisão. A concepção haberliana vê no processo político a força motora da interpretação, que apenas se diferencia da interpretação efetuada pelo juiz em razão da posição privilegiada que este ocupa no sistema judiciário, mas contrariamente ao que se pode imaginar, está também atrelado ao processo lato, processual, democrático e pluralista de interpretação cultural da Constituição.

Essas opções têm conseqüências importantes, tanto para a hermenêutica constitucional quanto para a Teoria Constitucional. O juiz não interpreta mais de forma isolada; todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição; a Corte Constitucional deverá interpretar de acordo com essas forças pluralistas e atualizar a Constituição, sendo que as formas pelas quais os juízes serão informados do que ocorre em sociedade devem ser ampliadas. Essa nova maneira de compreender a interpretação requer, ainda, que alguns conceitos sejam relativizados para dar conta da idéia que encerra a noção de pluralismo no autor. É o caso da idéia de povo. O pluralismo de HÄBERLE encerra a noção de heterogeneidade de cidadãos, o que obriga à relativização da idéia de povo. Trabalhar-se-á com a idéia de multiplicidade de cidadãos, já que, para a concepção democrática, a prioridade é a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, e não da titularidade do poder constituinte —dando-se ênfase à

liberdade.<sup>100</sup> Os direitos fundamentais são, dessa forma, parte da base da legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado quanto no que se refere ao círculo de participantes.

HÄBERLE sistematiza outra questão relevante, já mencionada, que determinou uma mudança radical nos rumos do constitucionalismo: a idéia de que a Constituição é um processo aberto. O direito processual constitucional seria, assim, um direito de participação democrática, que pressupõe que *não existem normas que não normas jurídicas interpretadas* (HÄBERLE, 1997: 09). Essa objeção já tinha sido levantada por MÜLLER, quando anunciava a separação entre a norma propriamente dita e o enunciado normativo (em que a norma está contida). Em outro momento, também foi preconizada por HESSE, quando ele pôs em evidência a necessária incompletude de uma norma constitucional. Essa proposição tem, entretanto, em HÄBERLE, desdobramentos bem mais amplos. Entre eles, uma das idéias mais importantes é a idéia de Constituição aberta ou Constituição como processo infinito de interpretação que

deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos 'intérpretes da Constituição da sociedade aberta'. Eles são os participantes fundamentais no processo 'trial and error', de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. (HÄBERLE, 1997: 43)

A Constituição, na obra de HÄBERLE, deixa de ser, portanto, um texto estático e passa a representar um processo dinâmico que legitima as forças pluralistas da sociedade e que participa da concretização constitucional.<sup>101</sup>

Para a Teoria Constitucional, vários são os problemas para a Teoria Constitucional decorrentes dessa prática interpretativa.<sup>102</sup> Ela deve buscar uma

<sup>100</sup> HÄBERLE acredita que se deve romper com o conceito de soberania do povo, de ROUSSEAU, por ser esse um elemento homogêneo em que os indivíduos podem ser representados por um poder único, pois que têm os mesmos interesses.

<sup>101</sup> HÄBERLE estima que esse tipo de abertura não atinja a unidade da Constituição, pois que ela surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes.

<sup>102</sup> A Teoria Constitucional tem uma preocupação específica. Para que os Estados Constitucionais possam retornar aos fundamentos e efetuar teorizações –abstrações– capazes de iluminar os problemas que os atingem, há que haver um processo revolucionário, a superação desse processo

nova forma de tratar a interpretação constitucional que rejeite a idéia de “harmonização” de conflitos, uma postura epistemológica que considere os vários conflitos, mas que, por sua vez, possibilite o consenso e o compromisso entre os vários participantes. *O direito constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso* (HÄBERLE, 1997: 51). Dessa nova postura epistemológica podem-se obter, afinal, conseqüências políticas importantes para a Teoria da Constituição, tais como a vinculação da Constituição à consecução da democracia constitucional, a necessidade de superar a fixação na idéia de jurisdição constitucional e, ainda, a necessidade de reconhecer uma interlocução com o legislador. Nas palavras de HÄBERLE (1997: 40), neste sentido, *teoria da democracia e teoria da interpretação tornam-se conseqüência da Teoria da Ciência. A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato.*

Privilegiaram-se, neste momento do trabalho, as contribuições de HESSE, MÜLLER e HÄBERLE à Teoria Material da Constituição. Esses juristas têm em comum o fato de considerarem possível a idéia de materialidade e da concretização da Constituição unicamente através da interpretação constitucional baseada na tópica (que teve uma repercussão estrondosa na Alemanha do pós-guerra). Isso ocorreu porque, se, por um lado, a teoria do positivismo estrito não conseguiu abarcar as demandas advindas de uma sociedade complexa, por outro lado, o que se tinha até aquele momento –decisionismo, integracionismo e relação normatividade/normalidade– não permitia a sustentação política da Constituição, não conseguindo evitar, assim, que sucumbisse ao poder. Para os constitucionalistas da tópica, a supremacia da Constituição somente poderá realizar-se, caso a Teoria Constitucional assuma para si a responsabilidade da construção de um projeto político para o futuro, engajado com a cultura e os valores sociais, mas, acima de tudo, com a idéia de que esse projeto deve

---

por vias conservadoras e a incorporação de outras questões fundamentais ao próprio Estado. *La teoría de la Constitución es la ciencia de las Constituciones de los Estados constitucionales* (HÄBERLE, 1997: 45). Por outro lado, *La teoría de la Constitución se entiende como ciencia cultural. En su centro está no cualquier tipo de Estado sino un tipo de Constitución bastante concreto, precisamente la 'Constitución del Estado Constitucional': aquí hay sólo tanto Estado como la Constitución determina* (HÄBERLE, 1997: 36).

sustentar-se na normatividade da Constituição. Em conseqüência, processaram-se transformações importantes no âmbito da Teoria da Constituição, uma vez que a questão central era de concretização e realização da materialidade da Carta Constitucional.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Paulo BONAVIDES oferece um excelente panorama das transformações e contribuições da segunda geração do constitucionalismo material: *sob a égide, em grande parte, da Nova Hermenêutica, o constitucionalismo de renovação da segunda metade deste século já oferece os seguintes resultados: criação científica de um novo direito constitucional, ou pelo menos, a reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação da teoria material da Constituição, fora dos quadros conceituais do jusnaturalismo e das rígidas limitações do positivismo formalista, ou seja, o da velha linha de Grber, Laband, Anschuetz, Jellinek –este mais atenuadamente– e, de último Kelsen; a inauguração no direito público de um novo pólo de investigações interpretativas, dantes concentradas em esfera nomeadamente jusprivatista ou juscivilista; a elaboração de duas teorias hermenêuticas: uma de interpretação da Constituição, mais ampla, e outra de interpretação dos direitos fundamentais, mais restrita, ambas, porém, originais e autônomas; a introdução do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, ampliando avassaladoramente a incidência deste ramo da ciência do direito, convertidos doravante em princípios constitucionais e, portanto, erguidos do seu grau de subsidiariedade interpretativa nos Códigos até o topo da hierarquia normativa do sistema jurídico; a pluridimensionalidade, a par da plurifuncionalidade dos direitos fundamentais, dantes vistos no antigo direito constitucional tão-somente pelo prisma de sua subjetividade; a expansão normativa do direito constitucional a todos os ramos do direito, acompanhada de uma afirmação definitiva de superioridade hierárquica, e, finalmente, a tese vitoriosa de que a Constituição é direito, e não idéia ou mero capítulo da ciência política, como inculcava a tese falsa de Burdeau e doutros constitucionalistas franceses filiados à linha da reflexão constitucional que se vinculava à ideologia já ultrapassada do liberalismo clássico (BONAVIDES, 2001: 536).*

## 2.3 A TEORIA CONSTITUCIONAL NO LIMAR DO SÉCULO XXI: MUDANÇA POLÍTICA E CRISE DE RACIONALIDADE

### 2.3.1 Interpretação da Constituição, abertura constitucional, direitos fundamentais e crise de racionalidade

Procurou-se, aqui, enfatizar os diversos momentos pelos quais passou – e ainda passa – o constitucionalismo moderno. É possível verificar, dessa forma, que não se trata de um fenômeno recente, ao contrário. Tendo sua origem teórica situada em ARISTÓTELES e a matriz política na Idade Média, o constitucionalismo nasce liberal e adquire conotações mais formalistas quando rompe com os primados do liberalismo. O debate ganha maiores contornos teóricos na juspublicística alemã no final do século XIX e início do século pretérito, quando foram publicados os trabalhos de JELLINEK e KELSEN, representantes maiores do positivismo constitucional. Por outro lado, a noção restritiva que assume esta forma de constitucionalismo vai sofrer duras críticas, inicialmente, no período weimariano, a partir de quando foram formulados os alicerces de um movimento que se costuma chamar de Teoria Material da Constituição. Esse movimento propiciou uma maior abertura epistemológica para a compreensão do fenômeno constitucional, cuja característica unificadora formula-se a partir da recepção teórica da complexidade que permeia as relações entre a Constituição, o Estado e o poder político, inserindo as idéias de cultura e necessidade de concretização da Constituição para o interior do debate constitucional.

Como não poderia deixar de ser, as mudanças de orientação política e teórica no entendimento da Constituição levaram a uma transformação do horizonte e das possibilidades de análise e compreensão do sistema constitucional, bem como a uma necessidade de revisão metodológica, visando a abranger as novas posturas nele encontradas. E, como corolário lógico, ao serem incorporados novos métodos de análise, outros temas –tais como a idéia de interpretação, de

diferenciação entre regras e princípios, da concepção dos direitos fundamentais, da reformulação do princípio da proporcionalidade e da idéia de constituição como processo aberto— passaram a adquirir maior relevância, a ponto de serem identificados como elementos dos quais a teoria constitucional se ocupa, e a partir de onde se pode postular o desenvolvimento de uma democracia constitucional. Essas transformações merecem, à guisa de conclusão, análise mais cuidadosa.

Uma das questões nodais que polarizam o debate em torno da teoria material da constituição consiste no reconhecimento da profunda transformação por que passou a metódica da interpretação constitucional e as funções a si atribuídas, processo esse marcado por três momentos distintos na tradição germânica, tendo sido tratado, inicialmente, como mera operação de subsunção lógica, que não distinguia entre problema material e problema formal, prendendo-se aos postulados kelsenianos, sendo que *nessa linha de raciocínio, esse entendimento reduzia a metodologia interpretativa constitucional e o seu instrumento de viabilização (jurisdição constitucional) a um mero exame da noção da supremacia da norma constitucional dentro da ordem jurídica* (VIEIRA, 1996: 37).

Um segundo momento marcante na transformação da teorização acerca da interpretação constitucional, consiste no debate travado entre SMEND —a partir da idéia de unidade de cultura e de sistema de valores— e HELLER —que vê no mundo da vida que circunda a constituição uma outra dimensão que interage com a constituição jurídica, vivificando-a, debate esse que propiciou uma radical transformação na forma de conceber a interpretação, de vez que, pela primeira vez na seara constitucional, o intérprete encontrava-se vinculado à concretude da realidade circundante.

Por fim, e como desdobramento das idéias de seus predecessores, a configuração metodológica da Teoria Material da Constituição se completa com as proposições renovadoras da chamada Nova Hermenêutica que tem como maiores representantes (no interior do debate germânico) HESSE, MÜLLER e HÄBERLE. O que todos eles têm em comum é a rejeição aos métodos e fórmulas tradicionais de interpretação, lançando novas luzes sobre o debate constitucional,

colocando velhas questões sobre novos aspectos, renovando o direito constitucional e, ao mesmo tempo, consolidando a Teoria Material da Constituição.

Todas essas transformações levam a crer que *a interpretação constitucional possui uma importância decisiva em qualquer sistema democrático, especialmente naqueles que contam com uma jurisdição constitucional* (PEREZ-LUÑO, 1999: 249). E essa importância cresce ainda mais, à medida que as postulações dos neoconstitucionalistas vêm na exacerbação da função dos Tribunais Constitucionais um movimento de jurisprudencialização do direito constitucional,<sup>104</sup> evidenciado principalmente através das sentenças interpretativas,<sup>105</sup> como será assinalado alhures.

As transformações das funções atribuídas à interpretação constitucional e a necessidade por ampliar a dimensão de proteção dos preceitos constitucionais ganharam maior repercussão, no interior da Teoria Material da Constituição, a partir do reconhecimento das normas (em especial, das constitucionais) como gênero do qual as regras e princípios representam subespécies dotadas de mesma eficácia normativa. Esta diferença foi inicialmente elaborada, com bastante precisão, por Ronald DWORKIN, ao reconhecer, tanto nos princípios quanto nas regras, a capacidade de impor obrigação legal, tendo ganhado maior impacto na doutrina alemã a partir da obra de Robert ALEXY que, nesse particular, sob outra roupagem, reproduz-lhe os fundamentos.

Dessa forma, as regras e princípios, em decorrência de sua normatividade, devem ser formulados a partir de sua estrutura deôntica, diferenciando-se quanto a sua estrutura lógica e às possibilidades de aplicação, portanto as regras, por encontrarem-se circunscritas em pressupostos de fato, concretizam-se através da

---

<sup>104</sup> Segundo José Ribas VIEIRA (1996: 36), *não precisaríamos aprofundar mais nossa análise para indicar que se depara, atualmente, diante de uma nova forma de “dizer” o direito. Este surge com toda a pujança não de uma estrutura codificada, mas sim de uma perspectiva, cada vez maior, de sentido jurisprudencial. Sem dúvida nenhuma, nesse quadro de valorização de papel do juiz que há um fortalecimento da força dos instrumentos interpretativos.*

<sup>105</sup> Expressão usada por PEREZ-LUÑO (1999) e que será adotada nesta tese querendo significar a importante mudança que vem ocorrendo na seara de concretização do direito constitucional que tende a aproximá-lo do sistema americano, pois, muito mais que mera interpretação –entendida no sentido de esclarecimento– as sentenças interpretativas *dizem o que diz a Constituição.*

lógica da subsunção. Já os princípios, em razão da impossibilidade de pré-determinação dos fatos regulados, somente se concretizam após a realização de um procedimento prévio de determinação de seu alcance, processo no qual o seu sentido será estabelecido tendo em vista a resolução do problema para o qual se dirige.

A interpretação e o esforço para conferir eficácia jurídica direta e vinculante aos princípios, ganham maior proeminência ao serem utilizados para a elaboração de um sistema de direitos fundamentais, outra temática central para Teoria Constitucional. A concepção substancializadora da constituição, para além dos direitos de liberdade originariamente reconhecidos pelo constitucionalismo liberal, visa a tutelar, igualmente e sob alvedrio de diferentes institutos jurídicos, todo o leque de direitos positivados explícita e implicitamente no ordenamento jurídico-constitucional. Esses direitos são os resultantes das reivindicações das diferentes gerações de direitos humanos.

Dessa forma, o sistema de direitos fundamentais com o qual se ocupam os constitucionalistas, em especial os representantes da Teoria Material da Constituição, constrói formulações teóricas acerca da eficácia jurídica e social dos direitos, da elaboração de garantias institucionais e de mecanismos processuais. Reivindicá-los perante o Estado e a sociedade demonstra a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos e liberdades constitucionais (visão substancialista dos direitos fundamentais) e a sua irrenunciabilidade, o que, segundo HÄBERLE, confere aos direitos fundamentais uma dimensão objetiva (institucional). A garantia/reivindicação dos direitos fundamentais acaba por transcender a esfera de liberalidade do indivíduo, uma vez que a sua salvaguarda interessa a toda a coletividade.

A existência de uma convivência conflituosa entre os diferentes direitos constitucionalmente reconhecidos e, ainda, entre os princípios que compõem o ordenamento jurídico, na Teoria Material da Constituição alberga-se no desenvolvimento do princípio da proporcionalidade. Este último assumiu uma importância crucial na última década, embora sua origem se confunda com a idéia de separação dos poderes. GUERRA FILHO (1989: 71) esclarece que

a idéia subjacente de "proporcionalidade", noção dotada atualmente de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, ou seja, a de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia da integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade –que surgiu no direito administrativo– ao entrar no campo constitucional, vai suplantiar uma série de questões tidas como essenciais no constitucionalismo clássico, e provocar uma verdadeira revolução copernicana. Desfalará a teoria da divisão dos poderes do controle meramente material e suplantará a idéia de controle da legalidade pelo controle da materialidade ou da constitucionalidade, concretizando definitivamente o constitucionalismo material. De fato, o objetivo fundamental desses mecanismos clássicos, tal como anteriormente fixado, consistia na proteção do indivíduo. Essa função começou a ser exercida pelo princípio da proporcionalidade ao vincular-se à proteção dos direitos fundamentais –no caso da coalizão de direitos– buscando delimitar a ação do Estado para garantir, assim, de modo eficiente, a liberdade.

Todos esses elementos concorrem para a construção da idéia de abertura constitucional e procedimentalização da constituição. Ganham maior força a partir do final da década de sessenta, num movimento que conduz à constitucionalização de mecanismos processuais que tinham como objetivo a materialização e, por conseguinte, a proteção dos direitos fundamentais. Aparece, assim, pela primeira vez na história constitucional, o reconhecimento de determinados institutos notadamente processuais na Constituição. Tal fato leva a uma aproximação entre Constituição e processo, o qual passa a ser tratado como uma espécie de direito constitucional aplicado. Essa aproximação encerra dois sentidos distintos: o da necessidade de desenvolvimento das garantias institucionais e processuais na

Constituição para lhe dar efetividade, e o da afirmação da Constituição como processo aberto às contingências sociais (GUERRA FILHO, 1989: 10).

Os pressupostos para a construção da noção de Constituição como processo foram lançados no constitucionalismo de Weimar – a partir da categoria de integração política de SMEND, que exigia um processo de legitimidade sempre atualizado, a partir das possibilidades de realização social. Elaborou também a idéia da construção acerca da normatividade-normalidade de HELLER, que exigia uma compreensão necessária da normatividade como oriunda e voltada para a normalidade. Essa guinada, contudo, foi decisivamente proporcionada por HESSE, que lançou as principais contribuições à formulação do conceito que será efetivamente individualizado e aprimorado, no final da década de setenta, por HÄBERLE, para quem

a normatividade (...) não é assinalada como traço distintivo da teoria da constituição, mas deriva da conjugação do compromisso científico na *busca aberta da justiça e do bem comum* (fins próprios à teoria da constituição enquanto ciência jurídica). Percebe-se, desde logo, a mudança de foco na apreensão da normatividade e de sua força normalizadora, que se constitui num dos principais traços individualizadores da concepção de constituição como processo (mediado pelo contexto cultural). A idéia de norma vinculada à produção estatal, de forma abstrata e generalizante é substituída pela concepção de que a normatividade veiculada pelas instituições é constituída pela esfera pública (por isso, a busca do bem comum) e é axiologicamente orientada (busca da justiça), e seu grau de legitimidade aumenta na proporção em que o teor da prescrição tenha se processado à luz das exigências do pluralismo, ou seja, tenha sido resultado de um processo de *livre* discussão no qual houvesse sido oportunizado o entrelaçamento de diferentes possibilidades e tivessem sido levados em conta os interesses em tela (*busca da verdade*) (BASTOS JR, 2001: 13).

Para finalizar este momento, que tratou da origem e do desdobramento do constitucionalismo material, faz-se necessário levantar algumas reflexões. Como não poderia deixar de ser, a primeira questão que aparece é a manutenção da idéia –gerada ainda no pensamento contratualista– da necessária unidade e consenso sob o qual deve erguer-se uma Constituição, que será mantida em todos os momentos posteriores. Enquanto no contratualismo essa unidade era indispensável para a instituição do Estado, no positivismo kelseniano a noção de

unidade representada pela norma era a fonte de manutenção, sustentação e legitimidade do sistema, e, no constitucionalismo material, notadamente mais aberto e democrático, esta necessidade de unidade permanece e adquire contornos bem mais difíceis de ser identificados, pois sustentam-se na noção de cultura, valores e direitos fundamentais como uma ordem homogênea necessária. O único autor que se aproxima da percepção dessa armadilha do constitucionalismo material seja HÄBERLE. Mas, ainda que expresse seu desejo de romper com o contratualismo de ROUSSEAU e estabelecer uma democracia de cidadãos, não atinge seu objetivo e acaba por formular uma teoria que reforça ainda mais o consenso. BONAVIDES (2001: 472) faz ver que *por mais que diga o contrário, o constitucionalista alemão não logra desfazer-se do filósofo do Contrato Social, e a sua "democracia de cidadãos" é uma recaída num conceito que o pensador, em busca de unidade, aperfeiçoara, ao descobrir a noção de povo como essência e expressão da célebre vontade geral.*

Com efeito, pode-se afirmar que a grande revolução no constitucionalismo começa a delinear-se a partir de SMEND. Se tal transformação, como já foi visto, teve conseqüências positivas, há que se considerar que teve, também, efeitos perversos, porque o autor não rompe com uma noção importante, que está na base da Teoria Constitucional desde a sua concepção enquanto pensamento constitucional, que é a idéia de unidade –ou possibilidade de obtenção dessa unidade– que, se no liberalismo era representada pela noção de contrato, e na Teoria Formal da Constituição pela idéia de norma jurídica, na Teoria Material da Constituição o será pela noção aberta e indefinida da idéia de cultura, enquanto espaço livre da luta política.

Ocorre que esse novo papel que a jurisdição constitucional é chamada a exercer, não pode ser compreendido de forma isolada como uma transformação na realidade fenomênica da própria teoria constitucional, mas é resultado de um conjunto de elementos que transcendem o seu objeto específico (a constituição e a sua operatividade). Exigem, continuamente, que ele seja repensado e redimensionado, inclusive no que diz respeito às suas funções intrínsecas.

A indissociável relação entre Estado e Constituição já havia sido preconizada por JELLINEK. Contudo, foi a partir de SMEND e HELLER que essa co-implicação passou a ser postulada como premissa necessária para a compreensão da dimensão jurídica do Estado e para a formulação acerca da natureza e função da Constituição. Evidenciou-se a interpenetração e a estreita vinculação existente entre a Constituição e a realidade circundante e, por sua vez, entre a teoria constitucional e a filosofia política.<sup>106</sup>

A nova hermenêutica desenvolvida a partir da década de 70, portanto, encontrava-se em estreita consonância com o debate travado acerca da implementação do Estado social. Suas sucessivas correções e aprimoramentos teóricos acabaram por reproduzir, para o interior do debate constitucional, a crise do *Welfare State* e da ineficácia dos direitos fundamentais, além do debate, ainda mais atual, acerca da soberania estatal (nacional) frente a transferência da esfera de decisão do poder estatal para esferas autônomas intra e interestatais.

A questão, portanto, desloca-se da problematização acerca da função a ser atribuída à Teoria da Constituição, para a percepção dos fenômenos que se espelham na Constituição, e sobre que concepção de Estado pode ser formulada ante as profundas alterações face à dupla crise que vem atravessando: a crise da racionalidade e a da legitimidade.

A *crise de racionalidade* decorre, segundo GOYARDE-FABRE (1999: 296), de um *choque entre imperativos de regulação inconciliáveis*, que exige um processo de contínua revisão dos seus próprios fundamentos, enquanto que a *crise de legitimidade*, por sua vez, põe em cheque a própria identidade do sistema, visto que *provém do fato de a opinião pública, abalada em suas próprias bases, já não dar sua adesão às regulações que formalizam o direito constitucional e as leis positivas*.

A dificuldade para formar, no plano político, um *consenso relativo aos valores éticos, aos ideais políticos e mesmo aos interesses sociais* (GOYARDE-FABRE, 1999: 299), desestabiliza a Teoria Material da Constituição, posto que

---

<sup>106</sup> Foi essa vinculação que marcou o debate pró/contra a substancialização da Constituição e que contrapôs, em um primeiro momento, formalistas e materialistas.

abala a concepção de unidade em torno da cultura, perspectiva epistemológica que marca o cerne da compreensão do sistema constitucional e da operatividade da Constituição e da realidade cultural circundante.

Nessa direção, a Teoria da Constituição necessita, então, ser redimensionada a fim de dar conta de diferentes desafios que se lhe apresentam, quais sejam: (a) o problema do multiculturalismo em relação à função de unidade e integração da lei constitucional; (b) o problema da criação de ordens jurídicas supranacionais autônomas e dotadas de precedência sobre o ordenamento jurídico interno; (c) a progressiva ideologização das constituições e a ampliação de suas inúmeras promessas não-cumpridas; (d) o problema da personalização do poder (legitimidade pessoal –e não constitucional– que no Brasil toma proporções alarmantes), concorrendo para uma constitucionalização aparente e a negação do Estado de direito; (e) o problema da frustração e a perda da vontade de constituição que o mito da revolução através da lei, sem a efetiva inversão de prioridades políticas, pode desencadear.

Diante desse quadro, o próprio sentido da Constituição encontra-se seriamente ameaçado, posto que a Constituição se vê crescentemente incapacitada de regular as relações às quais se destina, deixando, inclusive, de ser reconhecida pelo Direito como fundamento de validade do ordenamento jurídico.

### 2.3.2 O direito constitucional jurisprudencial e o problema da irracionalidade das decisões

O neoconstitucionalismo vê na atuação dos Tribunais Constitucionais o caminho para a superação das perplexidades apontadas, proclamando a suplantação de uma teoria constitucional doutrinária em favor de uma Teoria Constitucional notadamente pragmática, legitimada a partir de uma adequada

ponderação entre interesses conflitantes postos em jogo perante a *praxis* da jurisdição constitucional.

ACOSTA SÁNCHEZ (1998: 58) refere-se a esse fenômeno como

uma mutação de importância semelhante à que tiveram na história a aparição do Direito escrito, o direito positivo e o direito constitucional mesmo, e o decrescente papel do direito constitucional formal. O primeiro é material, por seu modo de criação, alheio às formas prescritas pela constituição, mas nasce do direito constitucional formal, é sua prolongação lógica<sup>107</sup>.

Trata-se de um direito constitucional sustentado na idéia de *living constitution*, originária do constitucionalismo americano,<sup>108</sup> concepção essa que reflete a aproximação crescente entre a jurisprudência da Suprema Corte estadunidense e os Tribunais Constitucionais dos países da Europa continental (inclusive, do Brasil).

Para ACOSTA SANCHEZ, pode-se recorrer ao funcionamento, estrutura e competência do poder judiciário americano, no que tange à interpretação da Constituição,<sup>109</sup> por retratar uma experiência bem mais antiga e mais bem sucedida que a europeia, posto que dotada de “certa racionalidade” –embora no sistema americano os limites da interpretação constitucional não sejam pacíficos.<sup>110</sup>

<sup>107</sup> *una mutación de importancia semejante a la que tuvieron en la historia la aparición del Derecho escrito, el derecho positivo y el derecho constitucional mismo, y el decreciente papel del derecho constitucional formal. El primero es material, por su modo de creación, ajena a las formas prescritas por la constitución, pero nace del derecho constitucional formal, es su prolongación lógica.*

<sup>108</sup> A idéia de constituição vivente que perpassa a tradição constitucional norte-americana associada à teoria institucionalista de contornos franceses –HAURIOU– havia sido parcialmente incorporada ao debate germânico a partir da concepção sociológica de constituição de HELLER, redimensionada pela processualidade constitucional de HABERLE (BASTOS JR, 2001: 52-64).

<sup>109</sup> Importa salientar uma significativa diferença entre as duas tradições constitucionais, consistente no fato de que a principal característica do sistema insular e, por herança, do sistema americano, é a sua abertura e a idéia de construção constante da Constituição. Isso faz, por exemplo, que a sua matriz positivista –representada por HART– seja bem mais ampla e, portanto, bem mais apta a configurar a realidade do que a matriz positivista continental –representada por KELSEN– cujas conseqüências já foram abordadas.

<sup>110</sup> Pelo contrário, o debate é marcado por uma diferença profunda entre interpretativistas e não interpretativistas, o que no fundo é um debate sobre divisão de poderes, regra da maioria e democracia. Os interpretativistas, que sustentam a *original understanding* ou *framers intent* e tentam reconstruir a obra dos *founding fathers* (que por sua vez deveria levar ao restabelecimento da regra da maioria como instância democrática), atribuem à Constituição o papel de limitar o

A formulação teórica de que se valem os neoconstitucionalistas resulta da observação do papel da Constituição e da Emenda XIV da construção jurisprudencial norte-americana e apresenta-se como aplicável à realidade europeia ante a observação da atuação jurisdicional e garantística dos Tribunais Constitucionais europeus, dotados, em sua grande maioria, de Constituições formuladas ainda na primeira metade do século passado.

O direito constitucional americano devido à dificuldade de modificação da Constituição –o chamado *amending power*– e do papel da Suprema Corte como produtora do direito, acabou por destituir de relevância o texto escrito no qual se encontra assentada a Constituição. Por isso mesmo, o direito constitucional há muito deixou de ser a interpretação da Constituição, posto que se tornava bastante difícil sustentar determinadas decisões, tomando-se como referência a Constituição escrita. Desta maneira, na América contemporânea, pode-se afirmar que

o direito constitucional é, praticamente, o produto do exercício do poder de revisão judicial das leis. Existe uma opinião compartilhada pelos membros da Suprema Corte e numerosos estudiosos sobre a essencial irrelevância da constituição para o direito constitucional (ACOSTA SANCHEZ, 1998: 59)<sup>111</sup>.

Esse fato faz com que ACOSTA SANCHEZ se reporte ao direito constitucional como um *direito constitucional sem Constituição* que somente em alguma medida faz referência ao texto escrito, recorrendo a ele como mero expediente retórico,

---

poder político estatal, afirmam a superioridade do legislativo e atribuem a possibilidade de fiscalização pelo judiciário somente em casos excepcionais, ou seja, quando exista uma afronta clara à Constituição, cuja única função é procedimental, pois se constitui basicamente num instrumento do governo. O mais conhecido representante desta postura é John Hart ELY. Já os não interpretativistas (ou liberais), cujo discurso é dominante na atualidade, atribuem à Constituição um significado que vai além do texto. A Constituição se lhes apresenta como um projeto que deve valer-se de valores materiais tais como a liberdade, a igualdade e a justiça, sendo que interpretar a Constituição é sempre uma questão política que deve estar pautada por princípios morais, concretizados pelo juiz. O representante mais conhecido e que mais tem contribuído para oferecer a racionalidade teórica necessária nos liberais é Ronald DWORKIN, cujas contribuições estudar-se-á a seguir. Antes, contudo, é necessário efetuar algumas considerações importantes.

<sup>111</sup> *el derecho constitucional es, practicamente, el producto del ejercicio del poder de revisión judicial de las leyes. Existe una opinión compartida por miembros del Tribunal Supremo y numerosos estudiosos sobre la esencial irrelevancia de la constitución para el derecho constitucional.*

referindo-se à utilização da Emenda XIV como plataforma através da qual é postuladas a tábua de direitos fundamentais naquele país.

LUCAS VERDÚ (1994: 72-78), com bastante argúcia, questiona o perigo dessa concepção jurisprudencial, em face do irracionalismo que pode engendrar, uma vez que os argumentos levantados em favor da permanência da função integradora e cogente da constituição concorrem para o suicídio da liberdade, em face da inexistência de mecanismos que garantam a salvaguarda e o controle das decisões decorrentes dos *Tribunais constituintes*.

Não obstante os diferentes matizes epistemológicos, desde a década de 70 já se lançavam críticas desse jaez contra os desenvolvimentos da Teoria Material que propugnavam a interpretação aberta da constituição a partir da inserção de diferentes *topói*. PEREZ-LUÑO (1991: 262) já assinalava que:

Não obstante, os aportes da tópica no plano da interpretação constitucional, não podem ser acolhidos sem reservas. Assim, quanto à idéia da concretização, se tem destacado o perigo que pode vir a dissolver a interpretação constitucional em uma casuística que comprometa a própria normatividade da Constituição<sup>112</sup>.

Inclusive foi com o intuito de conferir *racionalidade* à metódica constitucional que Friedrich MÜLLER formulou a sua *teoria estruturante do direito*. Pretender, portanto, recuperar a *normatividade perdida* através do esvaziamento de sentido material da Constituição e do reforço da necessidade de produzir consenso através do caráter prudencial das decisões das Cortes Constitucionais pode resultar na dissolução completa da própria função regulatória da Constituição.

Superar as crises por que atravessa a Teoria da Constituição, e, por conseguinte, o Direito e o Estado, nos termos assinalados por DOBROWOLSKI (1999: 302-306), é algo que deve ser feito a partir do reconhecimento da

---

<sup>112</sup> *no obstante, las aportaciones de la tópica en el plano de la interpretación constitucional no pueden acogerse sin reservas. Así, respecto a la idea de la concretización, se há puesto de relieve el peligro que pueda disolver la interpretación constitucional en una casuística que comprometa la propia normatividade de la Constitución.*

imprescindibilidade do Estado e da própria Constituição.<sup>113</sup> Deve-se, portanto, buscar elementos teóricos (e não negá-los) para que as conseqüências nefastas que a *ineficácia social das normas constitucionais* geram possam ser superadas. Deve-se redimensionar o papel garantidor e limitador que a modernidade conferiu à Constituição, desde as teorizações do contratualismo até a formulação da Teoria Material da Constituição.

LUCAS VERDÚ (1994: 103-108) vê no reconhecimento da função estimativa dos valores constitucionais, a pedra de toque nesse processo de refundação da Teoria Constitucional, por entender que somente através da consolidação de um *sentimento constitucional* é que se pode alcançar um enraizamento cultural dos valores constitucionais. E é esse enraizamento que representa a garantia objetiva mais efetiva contra o desvirtuamento constitucional.

### 2.3.3 Insuficiência da tópica e da nova hermenêutica: que teoria constitucional?

A crise de racionalidade gerada pela tentativa de responder a questões práticas, utilizando um instrumental teórico que não está apto (em complexidade epistemológica) a fazê-lo, visto que os métodos foram deslocados do direito privado para o direito público, criaram uma grave crise de racionalidade que obrigou a revisão, incitou a criação de novas possibilidades interpretativas e argumentativas –como foi o caso da tópica–, tendo como força motriz a realização dos direitos fundamentais. Tentou-se, assim, responder à especificidade de um método voltado para o direito constitucional e que deve, ainda, conduzir à uma interpretação justa e, mais importante de tudo, fundamentar este resultado de forma racional e controlável. Esta é a real importância do método: o controle das

---

<sup>113</sup> Apesar de o autor valer-se de categorias diferenciadas concernentes à concepção de crise – concebidas a partir de uma tríplice dimensão: a crise de legalidade, do Estado social e da soberania– as conclusões a que chega só vêm reforçar as proposições esposadas neste trabalho.

decisões.<sup>114</sup> A tópica, entretanto, não oferece a segurança que o sistema constitucional exige pois, tal como diz BONAVIDES (2001: 455), ela parece não impor limites à criatividade, produzindo exaustos capazes de levar à impossibilidade teórica de oferecer segurança as decisões em seara constitucional.

Em que pesem, entretanto, os desafios epistemológicos enfrentados pela tópica, há em curso, sem dúvida, uma nova postura interpretativa que leva em consideração elementos importantes desprezados pelo constitucionalismo formalista. Aparecem, dessa forma, preocupações com a linguagem que dá ênfase à pragmática, conduzindo o direito constitucional a procurar uma teoria da linguagem ordinária, que *sempre procura uma forma de estabelecer um diálogo entre posições teóricas opostas, para chegar ao acordo possível entre elas, o que decorre de sua determinação fundamental em conciliar teoria e prática* (GUERRA FILHO, 1989: 43). A pragmática sempre foi a marca teórica dos sistemas constitucionais inglês e americano, conduzindo a uma postura bem mais aberta, a chamada textura aberta do direito, permeada pelo contexto no qual está inserida. E esse contexto seria o único limite à interpretação, trazendo para a discussão autores de matrizes epistemológicas diversas, como HART.

Por outro lado, ainda que tenha recebido profundas críticas e destoe completamente de seus contemporâneos, o único que efetivamente denuncia o caráter totalitário do chamado “consenso democrático” –mas que já teve diversas denominações no constitucionalismo material (normalidade em HELLER, valores anteriormente vividos em SMEND, cultura em HESSE e HÄBERLE e realidade circundante em MÜLLER)– é Carl SCHMITT. Diz SCHMITT que o momento anterior, necessário à construção de uma Constituição ou, por assim dizer, de uma pré-compreensão necessária à interpretação constitucional, é uma decisão que é produzida por quem tem condições materiais de produzi-la naquele momento, ou seja, é sempre uma questão de poder, ou melhor, de quem tem condições de decidir no momento específico de exceção. Dessa forma,

---

<sup>114</sup> Tal como já foi visto, para dominar o problema apareceram vários métodos, tais como o tópico concretizante, o hermenêutico, o científico espiritual, o estruturante, entre outros que, entretanto, permanece, ainda, num campo aberto à reflexão.

a idéia de legitimidade, recolocada no âmbito da razão prática, remete à contingência das “escolhas iniciais” que seu funcionamento supõe. A razão é sempre “razão decidida” e, como tal, sempre parcial, já que toma partido. Portanto, a legitimidade política tanto quanto o direito que estrutura o Estado encontram suas raízes nas “formas fundamentais do discurso racional que supomos em cada decisão” (GOYARD-FABRE, 1999: 300).

Portanto, a Teoria da Constituição que se espera, deve revestir-se de elementos da filosofia constitucional, a fim de que, como destaca CANOTILHO (1999: 1246), exerça uma dupla função: teoria científica –*porque procura descrever, explicar e refutar os fundamentos, idéias, postulados, construção, estruturas e métodos (dogmática) do direito constitucional*– e teoria [filosofia] política, *porque pretende compreender a ordenação constitucional do político, através da análise, discussão e crítica de sua força normativa, possibilidades e limites do direito constitucional.*

A discussão acerca dos fundamentos e dos critérios de correção, como possibilidade de crítica e controle dos descaminhos da concretização constitucional, é veementemente ressaltada por MORAES (2000: 14) ao se questionar sobre o papel a ser desempenhado pela Constituição frente aos novos desafios da contemporaneidade.

Por que constituição se não para expressar estas preocupações e definir algumas *regras do jogo*, não para impedir que este se estabeleça e desenvolva, mas para assegurar que serão os próprios jogadores os titulares da ação de jogar, sabedores das circunstâncias, das garantias e dos riscos que envolvem tal ato, não ficando à mercê de eventuais poderosos, ou mesmo de maiorias constituídas aleatoriamente com a utilização de instrumentos político-midiáticos.

Tem-se, assim, um campo aberto para pensar a Constituição e suas funções no Estado a partir de premissas distintas que partem de uma questão comum, ou seja: o que se tem até agora está teoricamente esgotado, é preciso ir além, é preciso procurar alternativas de respostas a essas demandas.

Esse momento é retratado de forma bastante sugestiva por LUCAS VERDÚ, para quem o direito político (que, na tradição espanhola, abrange a Teoria da Constituição) e a Constituição atravessam uma encruzilhada, que exige

uma profunda redefinição conceitual do direito, questão retratada pela alegoria do renascimento de *Fênix (palingenesia)* que, ao encerrar seu ciclo existencial, desintegra-se em cinzas para, então, lançar-se renovada, sem contudo, ter desnaturada a sua essência. Por isso, o autor, em resposta ao questionamento inicial acerca do futuro do constitucionalismo, conclama pela *palingenesia iuris politici*.

É com esse desiderato que se defende a construção de uma teoria constitucional a partir da obra de RAWLS, por vislumbrar existirem nela elementos substanciais para repensar a função da Constituição de forma a absorver, ao menos em parte, os desafios antes delineados.

## CAPÍTULO III – A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS: ELEMENTOS E CRÍTICAS NA CONFORMAÇÃO DE UMA BASE CONSTITUCIONAL

### 3.1 A UMA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS: ELEMENTOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO.

Tem-se buscado estabelecer quais as bases do pensamento constitucional e, ainda, apresentar o que se entende por Teoria Constitucional, bem como demonstrar as diversas possibilidades assumidas até então pelo discurso sobre a Constituição. O atual capítulo pretende dar prosseguimento a essa conformação teórica, com o objetivo final de configurar a obra de RAWLS enquanto Teoria Constitucional, além de determinar os limites e contribuições que uma abordagem deste jaez pode proporcionar face aos impasses atuais. É o momento, portanto, de oferecer um panorama geral da obra do autor, apresentar seus traços constitutivos, as diversas interpretações e as principais críticas que recebeu.

A primeira notícia que se tem da obra de RAWLS, como já mencionado na introdução deste trabalho, data de 1958, através de um artigo denominado *Justice as Fairness*.<sup>1</sup> Mas foi a publicação de sua principal obra, *Uma Teoria da justiça*

---

<sup>1</sup> Faz-se necessário um esclarecimento. A data de 1958 marca o primeiro artigo que se preocupa em constituir uma concepção de justiça. Antes, no entanto, o autor trouxe a público dois trabalhos que datam de 1951 e 1955, denominados *Outline of a decision procedure for ethics* e *Two concepts of rules*. Depois de *Justice as fairness*, o autor publicou *Constitutional liberty and the concept of justice* (1963), *The sense of justice* (1963), *Legal obligation and the duty of fair play* (1964), *Distributive justice* (1967), *Distributive justice: some addenda* (1968) e, finalmente, *The justification of civil disobedience* (1969), seguido imediatamente pela publicação da obra capital de RAWLS, *Uma Teoria da justiça* (1971). Todos os textos acima mencionados foram revistos e incorporados à obra em questão. Atualmente, os leitores de RAWLS possuem uma compilação de todos os artigos publicados pelo autor denominada *Collected Papers* (1999). Nesse trabalho não há o cuidado de verificar a evolução ocorrida no pensamento de RAWLS antes de *Uma Teoria da Justiça* ser publicada. Aos interessados nesse período, uma excelente referência bibliográfica é a obra de WOLFF (1977) que estuda a gênese do pensamento de RAWLS.

(1971) que consagrou o autor como um dos mais importantes filósofos do século XX.<sup>2</sup> Quando analisa o conteúdo e a abrangência do liberalismo no século XX, MACEDO (1995: 42) é incisivo: *o nome mais influente é com certeza John RAWLS, professor de filosofia em Harvard, um dos mais influentes filósofos neste final de século. Publicou muito pouco: Uma Teoria da justiça, em 1971 e O Liberalismo político, em 1993; porém com o primeiro livro mudou o curso da filosofia política anglo-saxônica, reconduzindo o debate de temas substantivos na tradição clássica contra o tratamento exclusivamente epistemológico até então em moda. Deslocou também as posições utilitaristas, na filosofia política e moral americana para uma posição que fundamenta o liberalismo e a moral nos direitos da pessoa e no contrato social.*

Com efeito, num primeiro momento e de forma bastante genérica, pode-se dizer que a obra de RAWLS se insere no campo da teoria moral e representa um saudado retorno à preocupação com a ética e a justiça, mas com uma finalidade específica: a construção de uma sociedade bem ordenada. RAWLS rejeita a postura dominante de que é impossível realizar um estudo sério e disciplinado a respeito do que se deseja em termos de organização social, ou seja, ele rompe com a crença de que todo e qualquer estudo que se pretenda sério deve limitar-se aos fatos ou à análise da linguagem.<sup>3</sup> Propõe, assim, realizar um estudo sistemático,

---

<sup>2</sup> Alguns fatores podem auxiliar na compreensão desse fenômeno. O primeiro (e mais óbvio) é a situação política em que se encontrava a América do Norte nos anos sessenta, década em que RAWLS se dedica a *Uma Teoria da justiça*. De acordo com DANIELS (1975: XII) RAWLS goal of providing such an alternative is of particular interest because *A Theory of Justice* was published on the heels of a period of intense political struggle and questioning, a period of serious challenge to liberalism. In the United States in particular, the Civil Rights and Black Liberation movements, followed by the Anti-Vietnam War movement, brought millions of people into conflict with existing political institutions and policies. These movements raised, in sharp form, fundamental questions about the justice of basic political and social institutions, questions about the distribution of liberties and other social goods, and questions about the Just use of political power. Liberal moral and political judgments were pitted against liberal political institutions, and these institutions were in turn defended by liberal political arguments.

<sup>3</sup> Várias tendências marcam o renascimento do contratualismo moderno. Segundo RODILLA (1986: XXII), junto à teoria da justiça de RAWLS, inspirada no pensamento rousseuniano-kantiano encontra-se, de um lado, a teoria constitucional elaborada por James BUCHANAN, com base na reelaboração de um enfoque hobbesiano e, de outro, a teoria política de Robert NOZICK, fortemente inspirada no pensamento de LOCKE. As divergências entre eles são de duas ordens: a (re)interpretação do estado de natureza (um partindo da teoria e o outro da natureza) e o papel do contrato. De forma ágil, pode-se afirmar que para BUCHANAN, a posição inicial é a de um estado de anarquia, caracterizado pela vacância de limites morais, em que os indivíduos não reconhecem

dimensionado pela ética, a tal ponto que *muitos leitores (e editores) acharam em RAWLS um retorno bem-vindo a uma velha tradição da filosofia moral e política substantivas em lugar da semântica* (DANIELS, 1975: X).<sup>4</sup> Resta, ainda, uma última questão, não menos relevante, que elucida o alcance da obra de RAWLS: trata-se de uma teoria que desconhece os limites teóricos de cada disciplina e circula entre a filosofia, a economia, a psicologia, a sociologia e a ciência política, sempre na busca de encontrar uma concepção de justiça que guie as principais instituições políticas e jurídicas, servindo à avaliação relacional entre seus critérios de distribuição de bens, direitos e deveres dentro de uma sociedade.

---

nenhum tipo de regra de conduta que possa reger as relações entre eles, o que acaba por estabelecer como única regra a “lei do mais forte”. A consequência, paradoxal, é uma estabilidade duradoura, mas que não estabelece um Estado nem qualquer autoridade legítima. Ainda de acordo com RODILLA (1986, XXIII- XXIV) a situação imaginada por BUCHANAN poderia ser alterada, essencialmente, através de um contrato constitucional que, mediante a renúncia ao uso da violência, estabeleceria uma estrutura de direitos baseada na coação. O contrato social passa a ser um dado analítico a justificar a racionalidade de um sistema social e oferecer uma explicação procedimental dos critérios necessários à avaliação da ordem social, cuja função primordial, de acordo com HOBBS, é a garantia da segurança, da ordem e do controle. Já NOZICK, outro importante autor do momento, parte de um ponto distinto do de BUCHANAN. Embora também incorpore elementos procedimentais, sustenta que os indivíduos no estado inicial têm direitos: os da propriedade de LOCKE, que são direitos naturais –embora não lance mão de um mecanismo como o contrato para justificar um Estado também inspirado na perspectiva de LOCKE–, considerando também o Estado mínimo como fruto de contratos privados criados pelo mercado através de uma seleção competitiva, para deter o monopólio da força. Não se pode dizer que NOZICK seja exatamente um contratualista, já que não prevê um momento específico da formação do Estado. Mas sua justificativa é muito próxima da de um contratualista quando diz que os homens determinam o monopólio da força através de múltiplos contratos particulares, cujo objetivo seria a proteção da propriedade e a garantia da integridade física mediante a possibilidade de coação. A instituição de um Estado, neste caso, seria evidentemente a de um Estado mínimo. O que há em comum entre estes dois teóricos, além da subscrição à idéia do renascimento do contrato é, sem dúvida, a tentativa de legitimar a crise do Estado social –o *welfare state*– pois ambos centram seus pressupostos constitutivos em bases individuais e na idéia de um Estado mínimo, sem uma função interventora ou distributiva. O que é importante marcar é que esta perspectiva não é a mesma da teoria de RAWLS. Embora também inserido neste movimento de recuperação “parcial” do contratualismo, seus pressupostos e desdobramentos são absolutamente distintos. Em contraste com NOZICK e BUCHANAN, RAWLS sustenta o ponto de vista contratualista precisamente para fundamentar princípios substantivos de justiça social destinados a determinar a forma correta de articular instituições sociais. Por isto, vê-se obrigado a aplicar as noções de consenso e justificação procedimentais em um sentido notoriamente diferente (RODILLA, 1986, XXIV).

<sup>4</sup> *What explains the unusually wide interest shown in RAWLS work? One obvious factor is that many readers and editors found in RAWLS work a welcome return to an older tradition of substantive, rather than semantic moral and political philosophy. RAWLS approach stands in sharp contrast to the work of the logical positivism and the analytic school in general. To the non professional, logical positivism and the analytic approach seemed to abandon crucial issues of right and wrong in favor of technical questions about the ‘emotive’ function of moral language and the meanings of moral and political terms. Rawls, at least, asks the substantive questions.*

O autor não desconhece os avatares de tal empreendimento e, para concretizá-lo, toma duas precauções: renuncia ao estabelecimento de um conceito de justiça, preferindo assumir a procura de uma concepção de justiça social <sup>5</sup> e define um plano metodológico, dividindo *Uma Teoria da justiça* em três partes que se relacionam entre si: Teoria (escolha dos princípios da justiça na *posição original*), Instituições (a práxis dos princípios da justiça) e Fins (verificar se os homens têm condições de assumir os princípios de forma natural e estável). Concluindo, os elementos da teoria de RAWLS são sempre parte de um conjunto determinante do sentido de seus elementos que não podem ser desvinculados do pressuposto político que os constitui: o liberalismo igualitário.

### 3.1.1 A teoria da justiça como teoria da equidade: os princípios fundamentais da obra de RAWLS.

*Uma teoria da justiça* é uma obra passível de várias leituras, até mesmo contraditórias. Essa pluralidade de sentidos, entretanto, não impede o intérprete de apontar algumas questões centrais que, se não forem bem explicitadas, comprometem a noção global da obra. Não se pode esquecer, contudo, que a imensa maioria dos conceitos de RAWLS são criados para atingir objetivos intrínsecos, proporcionando à sua teoria um caráter de sistema auto-referente. Uma leitura que ignore essa perspectiva atribuir-lhe-á pouco ou nenhum significado. Neste momento, por conseguinte, o que se busca é o escrutínio de alguns conceitos fundamentais (posição original, partes, véu da ignorância, contrato, equilíbrio reflexivo, justiça procedimental, princípios de justiça, princípio da diferença, instituições, estrutura básica da sociedade, sociedade bem

---

<sup>5</sup> Para uma definição ampla do conceito de justiça social ver MACEDO (1995: 75-114). A propósito, especialmente, do conceito de justiça social em RAWLS, diz este autor: *seu tema é a justiça social, isto é, 'a justiça da estrutura básica da sociedade' ou a maneira como se distribuem direitos e deveres fundamentais e a partilha do produto social, isto corporificado na constituição e nos arranjos sociais* (1995: 89).

ordenada, entre outros), uma vez que, somente a partir da elucidação dos significados particulares a cada um desses conceitos e dentro da teoria, é possível a compreensão global da *Justiça como equidade*.

A chave para o entendimento de *Uma Teoria da justiça é a posição original*, pois lá se encontra uma série de elementos com funções representativas na obra de RAWLS. Trata-se de uma situação artificial, hipotética, construída com o objetivo procedimental de proporcionar uma eleição racional na escolha de princípios de justiça. A *posição original* nada mais seria que um exercício demonstrando a partir de quais premissas pode-se chegar a um determinado resultado racional. Assim sendo, ela é uma hipótese de trabalho, não existindo por si só. É uma imagem destinada a causar certo impacto, cuja função, meramente argumentativa é a de garantir a persuasão e a imparcialidade e, via de consequência, a sustentabilidade ou a exequibilidade da proposta razoável em termos de imparcialidade que RAWLS (1997: 24) assim descreve:

uma forma de considerar a idéia da *posição original* é, portanto, vê-la como recurso de exposição que resume o significado desses postulados e nos ajuda a extrair suas consequências. Por outro lado, essa concepção é também uma noção intuitiva que sugere sua própria elaboração, de modo que, conduzidos por ela, somos levados a definir mais claramente o ponto de vista a partir do qual podemos melhor interpretar as condutas morais da forma mais adequada. Precisamos de uma concepção que nos capacite a visualizar nosso objetivo à distância: a noção intuitiva da situação inicial deverá fazê-lo.

No intuito de melhor detalhar esse conceito, pode-se dizer que a *posição original* é uma situação de desconhecimento –ou até de ignorância– sobre questões individuais que impediria quem participasse do processo de escolha dos princípios da justiça, de ter noções sobre sua situação na sociedade. Mas, exatamente pelas mesmas razões, permitiria a escolha de instituições justas, uma vez que ignoraria interesses pessoais ou egoísticos, promovendo assim uma sociedade guiada por uma concepção de justiça apta a ser aceita por todos os membros da mesma.

Parte-se do princípio de que, se em tais condições formos capazes de identificar a estrutura que escolheríamos, então essa estrutura pode ter a pretensão de ser a estrutura justa. Afinal, é a estrutura que escolheríamos se não pudéssemos introduzir considerações de nosso interesse particular no processo decisório (KUKATHAS e PETTIT, 1995: 34).

Na opinião de BARRY, a *posição original* tem também um papel central, já que é a recusa a essa instância que permite sustentar a idéia de *Justiça como equidade*, ou seja, a estipulação de um determinado padrão que –por ter sido estabelecido em bases eqüitativas– permite considerar o que seria e o que não seria relevante para a justiça, possibilidade decorrente do fato de a justiça em RAWLS ser artificial, ou seja, realizável unicamente nas condições por ele levantadas: *posição original é o 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.* Ainda com o intuito de melhor esclarecer o sentido da *posição original*, pode-se recorrer à sistematização metodológica apresentada pelos discípulos australianos de RAWLS, KUKATHAS e PETTIT (1995: 34), segundo os quais as conexões causais que estruturam a definição da *posição original* envolvem respostas a quatro questões essenciais: *quem escolhe, o que se escolhe, com que conhecimentos e com que motivações se faz tal escolha.* As respostas levarão ao cerne das idéias do autor.

A primeira questão implica a noção de *partes*. Para compreender esse conceito, entretanto, é preciso distingui-lo anteriormente do conceito de *indivíduos*, pois embora estejam intimamente relacionados, não se confundem. *Os indivíduos se apresentam na sociedade, e as partes, unicamente, na posição original.* Faz-se necessário, portanto, estabelecer a idéia de indivíduo na sociedade, que depende, por sua vez, da concepção antropológica do autor. *Duas questões definem o indivíduo para RAWLS (1997: 153-157): a concepção de bem e o senso de justiça. A concepção de bem encerra a idéia de liberdade do homem,*

ou seja, a noção de que ele pode escolher um projeto para a sua vida,<sup>6</sup> cuja realização o fará feliz.<sup>7</sup> A definição do que seja o bem na obra de RAWLS é questão estrutural. Num primeiro momento tem-se a impressão de que bens são as liberdades e as riquezas, para logo após ouvi-lo dizer textualmente que o bem é algo puramente formal que depende de nosso plano racional de vida: *bens são aquelas atividades e finalidades que têm características, não importando quais sejam, que lhes conferem um lugar importante, até mesmo central, em nossa vida* (RAWLS, 1997: 470). O bem primário que permite a realização do plano racional de vida e de todos os outros seria a auto-estima.

Além da capacidade de possuir uma noção de bem e da possibilidade de realizá-lo através de um plano racional de vida, RAWLS define o homem como ser capaz de ter um *senso de justiça*. A idéia de um senso comum de justiça é tipicamente anglo-saxã. Segundo FELIPE (1998:50), *o senso de justiça pode ser compreendido como uma convicção do cidadão acerca da obrigação da cidade de colocar à disposição de todo cidadão produtivo e cumpridor de seus deveres, os meios para que ele possa realizar seu plano de vida, desde que ele seja racional*. Cabe, nesse caso, à teoria da justiça, a descrição profunda de nosso *senso de justiça*, plasmado num sentido comum *que aparece como o conjunto de valorações que sustentam uma moderna sociedade democrática, produto de uma determinada tradição histórica* (MARTINEZ GARCIA, 1985: 35). Ele impõe um padrão distributivo, previamente estabelecido, dos bens de determinada sociedade o qual, entretanto, só pode ser obtido a partir das chamadas *circunstâncias da justiça*, aquelas condições sem as quais nem a noção de bem nem o *senso de justiça* fazem sentido.

---

<sup>6</sup> Essa definição ampla do conceito de bem será duramente criticada por seus leitores mais atentos e sofrerá algumas restrições quando da publicação de *Liberalismo político*, como se verá nos próximos itens.

<sup>7</sup> A felicidade, para RAWLS, representa unicamente a possibilidade de atingir determinado fim dentro dos limites da razão, a possibilidade de atingir uma finalidade racional. Não basta, entretanto, a razão, é preciso ter sorte, o que levanta outra questão importante em RAWLS: cada homem encontrará a felicidade de forma particular, de acordo com sua *concepção de bem*. Deve-se, entretanto, evitar projetos absurdos, irrealizáveis. A idéia de que a razão pode fornecer este projeto é um critério meramente formal capaz de auxiliar na obtenção dos fins. Deve ficar bem claro que, para RAWLS, a racionalidade –que é instrumental– está nos fins. Se estes forem

De fato, as circunstâncias da justiça são as condições normais sob as quais a cooperação humana é possível e necessária. Segundo FELIPE (1998: 44), podem ser divididas em objetivas e subjetivas:<sup>8</sup>

quando o total dos benefícios não chega para atender a demanda, isto é, quando pelo menos três exigências são colocadas: 1] escassez moderada. 2] a de uma consciência da carência por parte dos supostos beneficiários e. 3] a reivindicação explícita dos bens –ou a expressão daquela consciência do item 2, na forma de reivindicação de direitos– estão dadas, no entender de RAWLS, as condições objetivas e subjetivas para a reflexão sobre o conceito de justiça.

Essa questão deve ser assim compreendida: se há abundância ou escassez total de bens, não há que se falar em distribuição, pois ou todos teriam acesso ilimitado a eles ou, na segunda alternativa, a falta total levaria os indivíduos à sobreposição da força de uns à dos outros. A compreensão das circunstâncias da justiça requer, por outro lado, um certo egoísmo, pois se os homens nada desejarem para si mesmos ou, ao contrário, desejarem tudo, nenhuma distribuição se faz necessária, pois, tal como na questão anterior, ou nada almejariam ou tomariam tudo pela força. Tem-se ainda, de acordo com FELIPE (1998: 45-46), a idéia de que os projetos racionais de vida são distintos a ponto de não se chocarem, e próximos a ponto de tornar possível uma compatibilização. O binômio: escassez versus egoísmo moderado, proporciona, assim, excelentes bases sociais para a concretização da teoria da justiça.

Em resumo, o que ocorre é que, dado o fato de as pessoas (a) encontrarem-se sob as circunstâncias da justiça –leia-se escassez e egoísmo moderados–, (b) reconhecem que, além delas próprias, todas as outras possuem um plano racional de vida e um *senso de justiça*, mas, por outro lado, (c) percebem que este senso não está muito claro e, ainda, (d) na tentativa de realizarem sua *concepção de bem*, os homens podem agir de acordo com seus interesses particulares na

---

efetivamente racionais, devem conduzir àquela finalidade minimamente racional no sentido aristotélico, ou seja, à felicidade.

<sup>8</sup> Brian BARRY aponta uma diferença entre circunstâncias de justiça e o que ele denomina circunstância de imparcialidade: esta última parte do pressuposto de que a situação de eleição deve estar representada por características que assegurem a realização das eleições de maneira a considerar todos os interesses de todas as partes.

lado, que tal situação de ignorância não é completa. Ela restringe-se à situação e aos interesses das partes.

De fato, presume-se que as partes conhecem quaisquer fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios de justiça. Não há limites para a informação genérica, ou seja, para leis gerais e teorias gerais, uma vez que as concepções da justiça devem ser ajustadas às características dos sistemas de cooperação que devem regular, e não há razão para excluir esse fato. (RAWLS, 1997: 148).

Com efeito, se o objetivo de RAWLS é propor as bases para a regulação de uma sociedade justa, as partes, ao escolher esses princípios, devem conhecer-lhes os traços gerais. Caso contrário, há o risco de tais princípios não resultarem passíveis de regular a sociedade, com o que ficaria comprometida a principal atribuição política da *justiça como equidade*: o fato de que ela deve gerar sua própria legitimidade. Isso quer dizer que a escolha deve ser tal que as pessoas reconheçam a compatibilidade dos princípios escolhidos com o seu *senso de justiça* e, a partir de então, obedeçam às instituições, uma vez que estas são perfeitamente legítimas.

Sobre a posição original, falta dizer que RAWLS vê a realização destes elementos como um processo puro, que ele chama de *justiça procedimental pura*. Esta seria uma característica distintiva da posição original, pois vincula o resultado ao processo, ou seja: se o procedimento foi respeitado, qualquer resultado será justo.<sup>11</sup> Segundo RAWLS (1997:92):

A *justiça procedimental pura* se verifica quando não há critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo de modo que o resultado, também correto, ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado. (...) Uma característica distintiva da *justiça procedimental pura* é que o processo para a determinação do resultado justo deve ser levado a cabo; pois nesses casos não há critério independente em referência ao qual se pode demonstrar que o resultado definitivo é justo.

---

que na maioria das vezes a distribuição destas vantagens é feita de forma desigual. Ver OLIVEIRA (2000).

<sup>11</sup> O exemplo usado por RAWLS é o do jogo de azar, levado a termo através de regras claras e bem definidas. Se estas regras forem obedecidas até o final, o resultado será justo, seja ele qual for.

distribuição dos benefícios através das instituições. Assim, torna-se inviável o aparecimento de quaisquer princípios de justiça numa sociedade marcada por tantas divergências e complexidades. Para evitar que isso aconteça e, ao mesmo tempo, fazer com que aflore o verdadeiro *senso de justiça*, faz-se necessário trabalhar com o conceito de *partes*, que é momento de retomar.

As partes são somente construções da teoria, cujo objetivo é representar as pessoas reais, porém desvinculadas da sua posição na sociedade e livres de interesses particulares que, na *posição original*, vão deliberar e escolher uma concepção de justiça. BARRY (1995:174) demonstra que em *Uma Teoria da justiça quem escolhe os princípios são os membros da sociedade que, entretanto, estão sofrendo de uma amnésia temporária e generalizada*.<sup>9</sup>

A *posição original* e as partes completam-se com o designado *véu da ignorância*, ficção que objetiva impedir as partes de ter maiores conhecimentos sobre suas próprias vidas. A partir do véu da ignorância,

supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante (RAWLS, 1997: 147).

O véu da ignorância tem a função de levar as partes na *posição original* a raciocinar como se nada tivessem, ou seja, como se fossem desprovidas de beleza, riqueza, inteligência e de outros talentos valorados socialmente. Assim podem colocar-se no lugar dos menos favorecidos da sociedade e, desta forma, escolher as instituições que melhor atendam estas posições.<sup>10</sup> RAWLS adverte, por outro

<sup>9</sup> Esta interpretação de BARRY deu margem a várias críticas excessivas. Parece evidente que RAWLS não considera o homem da mesma forma que considera as partes, representação necessária para a sua teoria. Os homens não têm esta amnésia na sociedade, sofrendo apenas quando precisam refletir. De qualquer modo, no *Liberalismo político*, para tentar superar estas críticas, o autor recua e afirma que as partes são *representantes dos indivíduos*, o que difere substancialmente da afirmação atual de que as partes são os indivíduos.

<sup>10</sup> É perceptível que o véu da ignorância tem a função de estabelecer um paralelo com a teoria da equidade de ROUSSEAU: a presença do véu produz no homem uma dignificação, permite-lhe raciocinar sobre a justiça. Trata-se de anular os efeitos da sociedade sobre o homem, do que resulta um espectro teórico bastante amplo: as partes não sabem em que época estão vivendo, ou seja, as pessoas ficam à margem do tempo e do espaço. Os dotes naturais, também, são desconhecidos, já

É um conceito a ser muito bem escrutinado. *Sua teoria é de um novo tipo: processual ou procedimental (do inglês 'procedual'), isto é, preocupa-se em conceituar não um homem ou ações justas ou situações sociais justas, mas sim em estabelecer regras de cooperação, intercâmbio, de ação social, em suma, que, se justas, tornam a sociedade justa por sua observância. Eliminam-se, assim, as nebulosas e intermináveis discussões sobre o mérito, necessidades, etc.* (MACEDO, 1995:89). Sua compreensão plena implica distinguir o exato significado da idéia de *justiça procedimental pura* do que ele chama de *justiça procedimental perfeita* e *justiça procedimental imperfeita*. O primeiro caso quer representar um processo decisório para o qual *há um critério independente para uma divisão justa, um critério definido em separado e antes de acontecer. E, segundo, é possível criar um procedimento que com certeza trará o resultado desejado.*<sup>12</sup> Ocorre que, na maioria dos casos, aplicar este procedimento perfeito não é possível, pois embora exista um resultado independente para uma determinada polêmica ou divisão, é impossível criar um procedimento que sempre leve a um resultado justo. Trata-se, neste caso, *da justiça procedimental imperfeita.*<sup>13</sup>

Estando estabelecidos o conceito de posição original e de seus correlatos, chega-se facilmente aos *princípios da justiça* que, em qualquer teoria, têm como objetivos: a) informar a organização da sociedade; b) fornecer um padrão para a resolução dos conflitos; c) servir de base à argumentação em decisões judiciais. O que RAWLS deseja, porém, é que seus princípios sejam escolhidos dentre todas as possibilidades que se apresentam à escolha de uma pessoa moral. De acordo, portanto, com a teoria até aqui exposta, o autor acredita que os princípios da justiça escolhidos seriam: [primeiro princípio] cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema das liberdades básicas iguais que seja

<sup>12</sup> RAWLS exemplifica este caso com a "distribuição justa de um bolo". A melhor forma, aqui, de se obter um resultado justo, seria que aquele que corta o bolo escolha seu pedaço por último, garantindo assim que ele será contemplado com parte igual à dos outros.

<sup>13</sup> Exemplo maior seria o direito penal, para o qual parece impossível criar um procedimento tão perfeito que levasse a encontrar quem é culpado com total certeza em todos os casos.

compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras; [segundo princípio]: as desigualdades sociais e econômicas devem ser coordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo: a) consideradas como vantajosas para todos dentro de limite do razoável; b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (RAWLS, 1997: 64)<sup>14</sup>

Logo a seguir, o autor justifica a precedência desses princípios <sup>seguir</sup> sobre os outros. Em primeiro lugar, seriam escolhidos porque representam um sistema de liberdades iguais e oferecem, ainda, a possibilidade de obter uma divisão equitativa dos bens. Em segundo lugar, por serem gerais, universais, públicos, por favorecerem a ordenação, determinarem uma decisão e, finalmente, porque podem ser aproveitados por qualquer concepção de justiça (RAWLS, 1997: 145).<sup>15</sup> Para o filósofo de Harvard os princípios da justiça também seriam escolhidos por estar de acordo com a regra do *maximin* (o meio termo entre o máximo e o mínimo). A regra maximin determina que classifiquemos as alternativas em vista do pior resultado possível: devemos adotar a alternativa cujo pior resultado seja superior aos piores resultados das outras (RAWLS, 1997: 165).<sup>16</sup> E, acima de tudo, por estarem em equilíbrio reflexivo.<sup>17</sup>

Com efeito, RAWLS torna sua proposta mais aceitável quando insere em sua estrutura aquela que seria sua característica metodológica essencial: os juízos ponderados em *equilíbrio reflexivo*. Inicialmente, trata-se do recurso que RAWLS usa para argumentar a favor da aceitabilidade prática dos princípios da justiça. O autor busca uma “articulação” entre a *posição original* e o *equilíbrio reflexivo*, fazendo deste último o termo de adesão dos indivíduos ao contrato. O *equilíbrio reflexivo* tem a função de garantir que

<sup>14</sup> RAWLS os denomina (1º) ‘princípio da liberdade’ e (2º) ‘princípio da diferença’.

<sup>15</sup> O que RAWLS chama de *restrições ao conceito de justo*.

<sup>16</sup> CARRACENO (1990: 194-195) é contundente em afirmar que a regra do *maximin* é bastante semelhante à regra da utilidade média, princípio fulcral do utilitarismo.

<sup>17</sup> Uma análise mais detalhada sobre o sentido e alcance do *equilíbrio reflexivo* será efetuada no item 3.1.2 deste capítulo, já que o *equilíbrio reflexivo* (e sua expressão em juízos ponderados) encerra uma discussão importante entre alguns filósofos que se dedicaram ao conhecimento da *Uma Teoria da justiça* e diz respeito à centralidade ou não do contrato, na obra do autor. Tal debate é considerado fundamental, pois ocasiona uma mudança na fundamentação dos princípios da justiça ao alterar radicalmente o papel da teoria, descartando inclusive a centralidade do contrato, tal como se verá a seguir.

os juízos com os quais se exige que uma teoria esteja em concordância, são os juízos *ponderados* de justiça. São juízos alcançados após a devida ponderação, alheios a interesses particulares e longe de outros fatores perturbadores. Esta exigência corresponde a igual exigência feita aos juízos sistematizados na lógica e na lingüística: estes juízos não devem traduzir as nossas intuições mais imediatas (KUKATHAS e PETTIT, 1995: 20). [Os juízos ponderados em *equilíbrio reflexivo*] se apresentam como aqueles juízos nos quais as nossas qualidades morais tem o mais alto grau de probabilidade de se mostrarem sem distorção (...) são simplesmente os que são feitos sob condições favoráveis ao exercício do *senso de justiça*, e portanto em circunstâncias em que não ocorrem as desculpas mais comuns para se cometer um erro (RAWLS, 1997: 51).

Apontado o rumo para a correção do pensamento moral comum da humanidade, que justifica de forma racional a produção do consenso sobre a justiça, outra questão de suma relevância –referente, ainda, aos princípios da justiça– é a sua *interpretação*. Isso ocorre porque *o conceito de justiça se define pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais. Uma concepção de justiça é uma interpretação dessa atuação* (RAWLS, 1997: 11). De acordo com a interpretação rawlsiana, a liberdade sempre tem precedência. Trata-se do que ele mesmo chama de ordem lexical, e, portanto, não se pode passar ao segundo princípio sem haver esgotado as possibilidades do primeiro.

A relação que deve ser ponderada, então, por ocasião da análise da interpretação dos princípios da justiça, é o binômio *justiça versus liberdade*: a justiça é atingida sempre que uma liberdade é negada sem motivo aparente, sendo que o único motivo que justificaria tal restrição é a necessidade de se conservar a própria liberdade. Para exemplificar esta relação, o autor prende-se à discussão de um tema recorrente no constitucionalismo: a proteção de algumas liberdades fundamentais. RAWLS (1997: 270-272) demonstra como, num sistema

---

constitucional preocupado com a sua manutenção, a questão é sempre a da escolha de um princípio: *liberdade igual*.<sup>18</sup>

Ato contínuo, ainda no decorrer da análise de *Uma Teoria da justiça*, adquire relevância o *segundo princípio* através do qual, inicialmente, RAWLS tentou explicar o seu liberalismo, ou seja, a opção injustificada da liberdade como princípio primordial de seu sistema de justiça. O que se busca através dele é construir uma sociedade sem barreiras sociais, devendo-se, inclusive, prover os meios para tal. O segundo princípio impõe a *igualdade de oportunidades* (educação, cultura, trabalho, entre outras) e está intimamente relacionado com o primeiro. O que o autor tem em mente, neste momento, é o fato de que, quando as condições materiais são desfavoráveis, o valor dado à liberdade está prejudicado. Mas, quando as necessidades sociais estão satisfeitas, o seu valor aumenta. De acordo com o princípio da *igualdade de oportunidades*,

ao indivíduo é assegurado o direito de escolha racional de sua posição no sistema total de possibilidades de qualificação profissional e aperfeiçoamento dos seus talentos naturais. Também é assegurado ao indivíduo o acesso aos meios que garantem a qualificação e o aprimoramento de dotes naturais e sociais. Para além dessas duas garantias o Estado não se compromete em atender pessoalmente a nenhuma carência específica. Todos os bens considerados básicos são assegurados a todos os cidadãos indiferenciadamente, por via do ordenamento institucional. É a escolha de uma profissão adequada às suas qualificações e ao seu desempenho que garante o resto. O trabalho passa a ser o espaço a partir do qual o indivíduo tem acesso aos meios para chegar a ter outras coisas (FELIPE, 1998: 56).

O princípio, entretanto, que tem sido objeto das maiores polêmicas, debates, e principalmente críticas, é o chamado *princípio da diferença*. Ele permite uma distribuição desigual que tenha uma eficácia maximizadora das expectativas dos que estão em pior situação, dos mais pobres. Isto significa que existem muitos critérios possíveis de distribuição de bens, mas, para ser eficazes, todos eles devem beneficiar (proporcionalmente) os menos favorecidos. RAWLS (1997: 82) estima, inicialmente, que: de acordo com o princípio da diferença, a

<sup>18</sup> É importante frisar que o papel primordial da liberdade é bastante relevante em RAWLS, mas em razão da íntima conexão com a Constituição, será desenvolvido com mais vagar no próximo

*desigualdade é justificável apenas se a diferença de expectativas for vantajosa para o homem representativo que está em piores condições.* Trata-se, em outros termos, de selecionar as posições de partida e tentar mitigar as diferenças sociais para se proceder a um julgamento imparcial do sistema, pois caso isso não ocorra (e simplesmente as desigualdades não beneficiem todos os menos beneficiados), estar-se-á diante de uma injustiça. A contribuição de VITA é importante para esclarecê-lo:

note-se que o princípio de diferença traduz uma concepção de igualdade de recursos ou de 'bens primários' –tais como direitos e liberdades básicas, renda, riqueza e posições de responsabilidade em instituições econômicas e políticas–<sup>19</sup> e não uma concepção de igualdade de resultados ou de bem-estar. Em uma concepção de igualdade de recursos, trata-se de assegurar uma distribuição 'equitativa' (não necessariamente igual) de recursos escassos e somente admitir desigualdades que sejam aceitáveis segundo um critério de justiça. O problema da justiça, no fundo, não é o da igualdade 'per se' e sim o de definir que desigualdades podem ser justificadas (VITA, 1993: 48).

Tal como afirma o cientista político pátrio, a questão de RAWLS é rejeitar desigualdades imerecidas e estabelecer um critério de equidade que permita a redução das diferenças dentro da sociedade.<sup>20</sup> Este é o papel atribuído, então, ao princípio da diferença: mitigar as distinções sociais. E, talvez pela posição central que ocupa em sua teoria, ele está sempre tentando outras formas de justificá-lo.

Num primeiro momento, RAWLS parte de um pressuposto significativo e profundamente polêmico: qualquer desigualdade dentro de um sistema social precisa ser moralmente relevante. Algumas desigualdades que se estabelecem em função de critérios inatos, tais como a inteligência, a força, a beleza e, principalmente, a posição social, são arbitrários e, por não ter um valor eticamente considerável, não podem servir de base para distinções dentro de um sistema social. É o que chama de *loteria natural*: por referir-se a bens inatos não pode ser controlada na origem. Por outro lado, evidentemente, o filósofo americano não

---

capítulo.

<sup>19</sup> Bens primários, na apropriada definição de CARRACENO (1990: 192) *son los medios necesarios en cualquier sistema de fines.*

deixa de reconhecer que esta distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que pessoas nasçam em alguma posição particular na sociedade. Esses são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos (RAWLS, 1997: 109). É, portanto, essas mesmas instituições que devem estabelecer mecanismos de justiça distributiva, e têm como fundamento o princípio da reparação. Basicamente, esse princípio consiste em *considerar às capacidades e talentos como recurso social, ao alcance de todos, sobretudo aos menos afortunados, de vez que as diferenças são imerecidas* (MACEDO, 1995: 92).

Um bom exemplo desse princípio seria gastar mais com os menos inteligentes e não o contrário, pois certamente eles precisam bem mais atenção do que os outros, sustenta RAWLS. Dessa forma, persiste o autor, *os naturalmente favorecidos não se devem beneficiar simplesmente porque são mais bem dotados, mas apenas para cobrir os custos de treinamento e educação e para usar os seus dotes de maneira que ajudem também os menos favorecidos* (RAWLS, 1997: 108). Esta é a primeira e mais tradicional interpretação do princípio da diferença. Existe, entretanto, uma segunda interpretação – dita democrática –, que, em sendo bastante distinta, não é menos importante.

O princípio da diferença tem como objetivo estabelecer as bases da fraternidade e da cooperação social. Segundo RAWLS (1997: 112-113),

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. (...) Uma vez que o aceitarmos, podemos associar idéias tradicionais da liberdade, igualdade e fraternidade com a interpretação democrática dos dois princípios da justiça da seguinte maneira: a liberdade corresponde ao primeiro princípio, a igualdade à idéia igualdade no segundo princípio juntamente com a igualdade equitativa de oportunidades, e a fraternidade corresponde ao princípio da diferença.

---

<sup>20</sup> Trata-se de um ponto relevante na obra de RAWLS e que, em consequência, será alvo das críticas tanto liberais quanto libertárias, tal como se verá no item 3.1.3.

Na teoria exposta, privilegiaram-se os conceitos que povoam a posição original e levam aos princípios da justiça social. Como demonstram com muita clareza KUKATHAS e PETTIT (1995: 64),

tendo identificado os dois princípios de justiça como resultado da escolha racional em condições controladas, RAWLS está seguro de ter obtido uma concepção de justiça claramente atraente. Tal concepção, porém, ainda é uma noção abstrata. Há que indicar quais as implicações essenciais da adoção desses princípios não só para mostrar a importância prática dos mesmos, mas também para clarificar com precisão o seu significado. De outro modo, noções como liberdade, oportunidade, equidade e "menos favorecidos", empregues no enunciado dos dois princípios, permanecerão vagas.

Assim, de agora em diante, a tarefa de RAWLS é apontar para um conjunto de instituições que devem ser constituídas e avaliadas através destes princípios. Fique claro que, neste momento, eles não são parte dos sistemas públicos de regras. Ao contrário, são padrões que estão além delas, servindo como sistema indicativo e valorativo de resultados, e que devem ordenar interesses em conflito, impondo uma hierarquia de valores para a regulação social. RAWLS defende, assim, a idéia de que princípios da justiça devem aplicar-se à estrutura básica da sociedade.

Entende-se por estrutura básica da sociedade o modo pelo qual são distribuídos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos e pelo qual se determina, ainda, a divisão das vantagens da cidadania em termos de renda e riqueza. A estrutura básica compõe-se das principais instituições jurídicas e sociais (a Constituição e os principais acordos econômicos)<sup>21</sup> e pode, portanto, referir-se à liberdade política em geral ou ao modelo econômico e social específico de cada sociedade.<sup>22</sup> Na estrutura básica da sociedade estabelecem-se,

<sup>21</sup> As instituições ou mecanismos da estrutura básica são importantes, na teoria de RAWLS, na medida em que traçam os limites e as linhas mestras de todas as demais estruturas organizacionais. Numa sociedade coerente, eles deverão desenvolver-se no âmbito que determina a estrutura básica, contar com ela e em certo sentido ser sua continuação e concretização. Este é o ponto central da sociedade, donde é possível ver quase tudo. Por este motivo, RAWLS limitará sua teoria da justiça à estrutura básica da sociedade (MARTINEZ GARCIA, 1985: 41)

<sup>22</sup> As instituições defendidas por RAWLS constituem e conformam uma democracia constitucional, e, embora insista em que as estruturas por ele propostas não são as únicas que podem ser justas, fica bastante claro que os princípios que defende só podem ser entendidos como princípios de uma sociedade democrática liberal (KUKATHAS e PETTIT, 1995:65).

ainda, as possíveis igualdades e desigualdades –que podem ser de mérito ou de valor– e que terão efeitos para o resto da vida dos homens, pois, se

tomadas em conjunto como um único esquema, as instituições sociais definem os direitos e deveres dos homens e influenciam seus projetos de vida, o que eles podem esperar vir a ser e o bem estar econômico que podem almejar. (...) A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade (RAWLS, 1997: 08).

A idéia nuclear aqui exposta é que esta estrutura pode contribuir para aprofundar desigualdades já existentes ou, ao contrário, produzir, através de uma justa distribuição dos bens e liberdades, uma sociedade justa. A idéia de RAWLS é que a *estrutura básica da sociedade* não deve ser cúmplice de uma distribuição desigual. A estrutura básica é desigual e tem efeitos profundos que marcam a vida dos homens desigualmente quando eles nascem em condições desiguais. Para alguns, essas desigualdades são inevitáveis. RAWLS propõe que sejam aplicados os princípios da justiça social a essa estrutura, a fim de que elas sejam minimizadas. A justiça, para RAWLS, teria, então, duas funções primordiais: estabelecer uma convivência segura e pacífica e, ainda, servir de base à formulação de uma carta para uma *sociedade bem ordenada*. É o que leva RAWLS a afirmar que o objeto da justiça é a *estrutura básica da sociedade*, para a qual é necessário estipular um padrão valorativo. O autor deixa claro que se trata apenas disto: um padrão a partir do qual podem ser avaliadas as principais instituições e, inclusive, as decisões judiciais, e não um ideal social –este seria o caso de uma teoria abrangente que viria a propor partindo de um padrão distributivo para chegar a um regime político.

A sociedade é, para o autor, basicamente uma sociedade privada, ou seja, *é uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas* (RAWLS, 1997: 04) Assim sendo, toda sociedade é marcada por identidades e conflitos. E, se há conflitos, devem existir meios justos –princípios de justiça– capazes de superá-los, bem como de

guiar-lhes as instituições.<sup>23</sup> É necessário, portanto, um padrão reconhecido por todos (os princípios da justiça) que determine de que forma serão distribuídos os acordos e as vantagens mútuas da cidadania. Quando este padrão se realiza e estabelece uma distribuição equânime, tem-se o que RAWLS chama de sociedade bem ordenada, aquela sociedade efetivamente governada por uma *concepção pública de justiça*,<sup>24</sup> na qual os homens teriam prazer em viver e conviver uns com os outros. Desta forma e ao mesmo tempo, os que constituem a sociedade são constituídos por ela, pois ao ser justa, leva os homens a agir com justiça. Nas palavras do autor,

uma sociedade é bem ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é. trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem e, geralmente se sabe que satisfazem (RAWLS, 1997: 05).

Uma vez escolhidos esses princípios e posta a necessidade de sua aplicação à *estrutura básica da sociedade*, o autor explicita um processo de aplicação dos princípios da justiça –que pode ser considerado inclusive um processo constituinte ou até mesmo legislativo– no qual, através de quatro etapas, é capaz de demonstrar a relação existente entre os princípios de justiça e o

---

<sup>23</sup> É de extrema relevância marcar, neste momento, uma diferença importante entre o pluralismo em *Uma Teoria da justiça* e no *Liberalismo Político*. Para o primeiro, RAWLS, o pluralismo é uma deficiência a ser superada pela razão, não uma realidade definitiva mas um mal menor. Existiria uma verdade clara e objetiva a ser descoberta. O problema é que, enquanto não se encontrar uma verdade ampla e total, as verdades relativas podem coexistir, pois nenhuma pode anular as demais, o que seria para RAWLS altamente insatisfatório: um relativismo que se deve tentar superar. A teoria de RAWLS tenta ir além do pluralismo, procura que não pode ser levada a termo pela política, sendo tarefa do filósofo, já que é possível uma pluralidade de concepções de bem, mas não de concepções de justiça. Esta reconciliação em torno de projetos de justiça só pode ser feita pela razão, única capaz de libertar o homem. Percebe-se, então, que o pluralismo não é um problema em *Uma Teoria da justiça*. Sê-lo-á no *Liberalismo político*, quando RAWLS o percebe como intransponível e elemento que, para a conformação de uma sociedade justa, deve ser considerado enquanto fato constitutivo.

<sup>24</sup> A idéia de concepção pública de justiça que todos conhecem e aceitam, formulada através de determinados princípios da justiça válidos, comportando-se como tal é notadamente mais simples e objetiva na *Uma Teoria da justiça* que no *Liberalismo Político*, quando será considerada, por RAWLS, resultado do *overlapping consensus*.

estabelecimento de instituições justas. Ele pode ser descrito da seguinte forma:<sup>25</sup> na primeira etapa, na posição original, os princípios são escolhidos. Após este momento, as partes, na posição original, reúnem-se em assembléia constituinte, que decide sobre a justiça das formas políticas e estabelecem uma Constituição. Esta é a segunda etapa, em que se determinam claramente os direitos e liberdades fundamentais. A partir de então é possível legislar –fazer leis que dizem respeito à estrutura econômica e social da sociedade. Esta é a terceira etapa, em que se trata da justiça das leis e das políticas econômicas e sociais. Quando esta se completa, já só nos resta, numa quarta etapa, a aplicação das regras pelos juizes e outras autoridades (RAWLS, 1997: 213).

A compreensão do processo proposto por RAWLS exige alguns esclarecimentos, já que ele pretende representar um sistema global de aplicação dos princípios da justiça e lhes atribui uma ordem de prioridade, em que a garantia da liberdade tem precedência sobre todos os outros, não podendo ser restringida a não ser pela própria permanência da liberdade. Quanto à aplicação do segundo princípio, RAWLS afirma que se trata de uma questão de economia política, mas abandona as discussões sobre a importância da escolha política: se o capitalismo ou o socialismo.<sup>26</sup> Seu desejo, no entanto, é que a sua teoria da justiça seja compatível com ambos os sistemas, uma vez que RAWLS centra seu problema, especificamente, na justiça distributiva. Assim, da aplicação da Constituição, chega-se a uma legislação infra-constitucional. No estágio legislativo, em que atua o segundo princípio, RAWLS acredita que seria estabelecida uma proteção contra as variações de mercado, o que impediria o agravamento das diferenças sociais. Se esse aprofundamento das desigualdades ocorresse de fato, comprometeria o sistema de liberdades como um todo.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> É essencial ter em mente que a seqüência dos quatro estágios é um recurso para a aplicação dos princípios da justiça. Esse esquema é parte da teoria da *justiça como equidade*, e não de uma explicação de como na prática procedem as legislaturas e convenções constituintes (RAWLS, 1997: 217).

<sup>26</sup> Somente com a publicação do *Liberalismo Político* o autor afirmará claramente a compatibilidade sua teoria unicamente com a organização de um sistema político marcado pela existência de instituições liberais.

<sup>27</sup> RAWLS, ao discutir os elementos constitutivos da economia política, apropria-se das contribuições de Amartya SEN. Em termos gerais (inclusive por não ser preocupação desta tese

Finalmente, é preciso considerar outros dois pontos controversos na obra deste autor: o senso de justiça aplicado às pessoas e se este senso oferece à teoria a possibilidade de gerar sua própria estabilidade. Deve-se destacar que este ponto é extremamente relevante, pois é a partir da constatação da ineficácia teórica que decorre destas duas questões que RAWLS reverá toda sua teoria, como se verá a seguir. De fato, estas duas últimas questões levantadas têm a função de submeter *Uma Teoria da justiça* a um teste de realidade, porquanto RAWLS a constrói a partir de uma concepção abstrata da natureza humana que está na base da estabilidade da *justiça como equidade*, apresentada nesta obra. De acordo com ele, *a estabilidade de uma concepção depende de um equilíbrio de motivos: o senso de justiça que ela cultiva e os objetivos que encoraja devem normalmente ser mais fortes que as propensões para a injustiça* (RAWLS, 1997: 505). Esta problemática é muito bem colocada por GUILLARME (1996: 323):

Uma concepção liberal só pode ser estável se cada cidadão de uma sociedade bem ordenada a aceita livremente. O apoio que ele traz aos princípios deve, portanto, ser concebido como uma motivação moral. Este indivíduo age, então, segundo (e não apenas em conformidade com) o sentido de justiça definido por esta concepção. As concepções 'não liberais', ao contrário, examinam o problema da sua estabilidade de uma maneira puramente prática. Tratam simplesmente de prever mecanismos que permitem a aplicação dos princípios da justiça verdadeiros<sup>28</sup>.

---

discutir aspectos econômicos vinculados à obra de RAWLS), pode-se dizer que SEN aponta o fato de que a economia, apesar de ter evoluído modernamente a partir da ética –evolução esta que pode ser remetida à tradição aristotélica–, possui um caráter clara e conscientemente não-ético. A preocupação da economia com questões logísticas (ao que o autor denomina de enfoque da 'engenharia') afasta-a das preocupações com os fins últimos, o que, numa economia moderna de bem-estar significaria vincular novamente a economia à uma visão ética da política e de suas consequências sociais no plano econômico. Isto significa dizer que, na saudável recuperação da aproximação entre ética e economia, ARISTÓTELES volta a ser fundamental, quando afirma que o mérito da busca do bem para o homem deve ser amarrado à busca do bem para as Cidades-Estado. Nesse sentido, sustenta o autor que seria ingênuo e irrefletido considerar válida a divisão tradicional entre egoísmo e altruísmo, especialmente se se leva em consideração a existência de grupos intermediários entre indivíduos e todos os demais. Estes grupos –classes, comunidades ou grupos profissionais– são referência necessária para a identificação de ações que envolvem um comportamento compromissado globalmente e vinculado igualmente a interesses de classe. (SEN, 1992: 103-130). Ainda no processo de aplicação dos princípios de justiça, RAWLS irá referir-se aos Tribunais e juizes independentes, vinculando a aplicação desses princípios às limitações impostas pelo Estado de Direito. Esta questão será melhor explorada no próximo capítulo.

<sup>28</sup> Une conception libérale ne peut être stable que si chaque citoyen de la société bien ordonnée l'accepte librement. Le soutien qu' il apporte aux principes de justice, et qui est la condition de la stabilité de la conception, doit donc être conçu comme une motivation morale. Cet individu agit

O que se quer mostrar neste momento é que, para *Uma Teoria da justiça*, a estabilidade de uma sociedade não é de forma alguma um problema político, mas, acima de tudo, um problema de psicologia humana. Esta questão despertou várias críticas contra RAWLS, especialmente dos politicólogos que vêem essa situação um aniquilamento do espaço político da sociedade. Para dar conta dos ataques, RAWLS sustentará que a estabilidade de uma teoria deve surgir de um *overlapping consensus*. Para qualquer teoria liberal, o problema consiste em mostrar que as pessoas que crescem sob o império das instituições justas desenvolvem ‘uma motivação moral’ (um senso de justiça) cujo efeito é sustentar livremente os princípios da justiça pertinente ao plano desta concepção (GUILLARME, 1996: 323).<sup>29</sup> Isso ocorre porque um indivíduo que age conforme o *senso de justiça* é um indivíduo racional e, portanto, está sempre a desejar seu bem, o qual, contudo, não pode ser realizado independentemente da justiça, que é o maior bem para todos –um bem intrínseco que permite a realização de todos os outros.<sup>30</sup> Com efeito,

Em *Uma Teoria da justiça*, RAWLS procura provar a compatibilidade (*congruence*) do justo e do bem mostrando que, dentro das condições que definem uma sociedade bem ordenada, é ‘racional ser ‘razoável’. Esta proposição é freqüentemente mal interpretada; não se trata de persuadir os indivíduos egoístas a agirem segundo o *senso de justiça*, mas de provar que as pessoas possuem um *senso de justiça* que tornarão regulatória esta motivação moral na medida em que ela se torna adequada à

---

alors suivant (et non pas seulement en conformité avec) le sens de la justice défini par cette conception. A l’opposé, les conceptions non libérales envisagent le problème de leur stabilité d’une manière purement pratique. Il s’agit simplement de prévoir des mécanismes permettant la mise en application des principes de justice vrais.

<sup>29</sup> Pour toute théorie libérale, le problème est de montrer que les personnes qui grandissent sous l’empire d’institutions justes développent une motivation morale (un sens de la justice) dont l’effet est de soutenir librement les principes de justice pertinents dans le cadre de cette conception.

<sup>30</sup> Trata-se de uma referência explícita à teoria kantiana: para KANT, *um indivíduo que age conforme o senso de justiça realiza sua natureza de indivíduo racional e livre. A prova kantiana da compatibilidade do Justo e do Bem consiste, em primeiro lugar, em afirmar que a justiça como virtude e a justiça como fim constituem bens intrínsecos: procurando atingi-las, um indivíduo realiza, em um mesmo movimento, sua natureza como ser livre e racional.* (GUILLARME, 1996: 324). un individu qui agit suivant le sens de la justice réalise sa nature d’individu rationnel et libre. La preuve kantienne de la compatibilité du Juste et du Bien consiste d’abord à affirmer que la justice comme vertu et la justice comme fin constituent des biens intrinsèques: en cherchant à les atteindre, un individu réalise du même coup sa nature comme être rationnel et libre.

operacionalização do seu plano de vida ou concepção do bem (GUILLARME, 1996: 324)<sup>31</sup>.

Além dessa argumentação fundada na tradição kantiana de pensamento, há outra para sustentar a estabilidade de uma sociedade bem ordenada:<sup>32</sup> trata-se da interpretação conforme o princípio aristotélico da *pleonaxia*, segundo o qual se deve evitar que se tire alguma vantagem em benefício próprio, tomando o que pertence a outrem, sua propriedade, seu cargo, e coisas semelhantes, ou recusando a alguém o que lhe é devido, o cumprimento de uma promessa, o pagamento de uma dívida, a demonstração do respeito devido, e assim por diante (RAWLS, 1997:11). Essas idéias relacionam-se a duas outras possibilidades importantes da filiação de RAWLS a ARISTÓTELES. A primeira delas é que a concepção de ‘sociedade justa’<sup>33</sup> de RAWLS é semelhante, de certa forma, à do autor grego,<sup>34</sup> na medida em que –e esta é a segunda questão importante– o professor de Harvard pensa que a sociedade se desenvolve conforme o *princípio aristotélico*.

O princípio aristotélico é um princípio motivacional. Explica muitos dos nossos maiores desejos, e também por que preferimos fazer coisas e não outras, exercendo constantemente uma influência sobre o fluxo de nossas atividades. Além disso, expressa uma lei psicológica que governa mudanças no padrão de nossos desejos. Assim, o princípio implica que as capacidades de uma pessoa aumentam ao longo do tempo (desenvolvendo-se pela maturação biológica e fisiológica, sendo um exemplo disso o desenvolvimento do sistema nervoso em uma criança pequena), e na medida em que treina essas capacidades e aprende como exercitá-las essa pessoa irá, no decorrer do tempo, preferir a

<sup>31</sup> Dans la Théorie de la justice, Rawls entend prouver la compatibilité (congruence) du Juste et du Bien en montrant que dans les conditions qui définissent une société bien ordonnée, il est rationnel d’être raisonnable. Cette proposition est aisément mal interprétée: il ne s’agit pas de persuader des individus égoïstes d’agir selon le sens de la justice, mais de prouver que des personnes possédant déjà un sens de la justice rendront régulatrice cette motivation morale dans la mesure où elle s’accorde avec la mise en oeuvre de leur plan de vie (ou conception du bien).

<sup>32</sup> Não é desnecessário (re)lembrar que, para RAWLS, uma sociedade bem ordenada é aquela que deve regular-se por uma concepção pública de justiça; é aquela em que cada um aceita e sabe que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, em que seus cidadãos têm um *senso de justiça*; a estrutura básica cumpre seus princípios.

<sup>33</sup> Note-se que aqui se fala de sociedade justa e não puramente de sociedade ou de sociedade bem ordenada. O conceito de sociedade de RAWLS, tal como se viu, é um conceito moderno, ao contrário do de ARISTÓTELES, que remete à tradição dos antigos.

<sup>34</sup> Sobre o conceito de sociedade em ARISTÓTELES, ver Capítulo I.

prática de atividades mais complexas, que exigem as suas habilidades recém-adquiridas (RAWLS, 1997: 473).

Do até aqui exposto deve resultar claro que, tanto a interpretação fundada numa leitura kantiana de *Uma Teoria da justiça* quanto uma (re)leitura do *princípio aristotélico* têm a capacidade de induzir o leitor de RAWLS a considerar sua teoria como sendo abrangente, pois a realização de um indivíduo racional fica garantida de forma bem mais substancial se ele conseguir expandir seu plano a todos os âmbitos de uma sociedade bem ordenada.

A tese de RAWLS é que um indivíduo pode realizar mais completamente suas capacidades, estendendo o máximo possível o conjunto de projetos que ele toma como seus. Estando o princípio aristotélico e o seu efeito fundados sobre a maximização, deduz-se que as capacidades humanas serão mais bem exercidas quanto mais extensa for a esfera de aplicação desses princípios. Ora, o domínio mais extenso é constituído pela sociedade bem ordenada. Deixar de exercer suas capacidades o mais completamente possível seria, para o cidadão de uma sociedade bem ordenada, uma prova de irracionalidade (GUILLARME, 1996: 326)<sup>35</sup>.

Essa prova de irracionalidade tem duas conseqüências. A primeira delas é que, ao vincular a idéia de racionalidade do indivíduo ao desejo e viabilidade de estender suas possibilidades de realização do bem de forma mais ampla possível – e conseqüentemente, a possibilidade de realização de sua felicidade – RAWLS torna sua *Uma Teoria da justiça* francamente liberal, embora não esteja exclusivamente centrada no princípio da liberdade, mas também no de igualdade de oportunidades. Assim, estas características tornam a idéia de *justiça como equidade* uma teoria abrangente e que apresenta uma concepção de justiça válida e verdadeira para todas as esferas da sociedade. A segunda conseqüência é redundante: sua estabilidade está ligada à aceitação de uma concepção que coloca a realização da justiça como um bem maior que todos os indivíduos racionais

---

<sup>35</sup> La thèse de Rawls est qu'un individu peut réaliser le plus complètement ses capacités en étendant autant qu'il lui est possible l'ensemble des projets qu'il fait siens. Le principe aristotélicien et son effet associé étant fondés sur la maximisation, les capacités humaines sont d'autant mieux exercées que la sphère d'application de ces principes est plus large. Or, le domaine le plus étendu est constitué par la société bien ordonnée elle-même. Manquer la possibilité d'exercer ses capacités le plus complètement possible serait, pour le citoyen d'une société bien ordonnée, une preuve d'irrationnalité.

devem aceitar, independentemente da doutrina política, filosófica ou moral que sustentam, visto que são dotados de um *senso de justiça*, perfazendo uma sociedade bem ordenada. É fato nefasto para o liberalismo, pois, se aceita a idéia de realização da justiça, isto implicará sua universalização idealizada, sob o argumento de que é verdadeira e válida para todos os indivíduos, o que evitaria a idéia da concretização social dos projetos e das realizações individuais.<sup>36</sup>

Até aqui buscou-se expor os principais conceitos de *Uma Teoria da justiça*, explanação conceitual que não teve, evidentemente, a intenção de ser exaustiva, pois quis referir-se unicamente aos termos que, por um lado, permitam a compreensão da obra em linhas gerais e, por outro, forneçam os instrumentos conceituais para a compreensão global desta primeira parte da obra de RAWLS.

---

<sup>36</sup> Estas questões de suma importância serão o objeto central do estudo do segundo momento da obra do autor, junto com a crítica e a revisão. Por enquanto é suficiente dar-lhe ênfase. De fato, estas questões dificultam sobremaneira a defesa da *Uma Teoria da justiça*.

### 3.1.2 Seria *Uma Teoria da Justiça* contratualista? Problemas epistemológicos derivados do conflito entre *posição original* e *equilíbrio reflexivo*.

A exposição anterior teve como finalidade oferecer um panorama conceitual que ajudasse a expor os elementos necessários à compreensão de *Uma Teoria da justiça*. Cabe insistir que a obra é sustentada em conceitos que lhe são inerentes, ela demanda, quando a questão é sua elucidação, um detalhamento cuidadoso. Neste segundo momento, pretende-se, partindo dos dados conceituais acima firmados, discutir a interpretação global da obra para que se possa dominar a complexidade teórica que a envolve, uma vez que este sentido unitário foi alvo das maiores controvérsias e mal-entendidos, ensejando uma miríade de debates em torno do seu estatuto epistemológico.

*Uma Teoria da justiça* constitui-se a partir de dois níveis distintos: por um lado, o plano teórico marcado pela abstração e, por outro, as possibilidades práticas da teoria que, embora façam parte das preocupações de RAWLS, não o detêm demoradamente.<sup>37</sup> Esta é, portanto, a principal marca da teoria de RAWLS: trata-se de uma obra de notável caráter teórico e abstrato que, supostamente, tem preocupações com a práxis, mas não oferece (ou oferece poucos) recursos que ajudem a viabilizá-la. Assim, *a teoria, que nasce de uma necessidade prática, acaba esquecendo a prática. Pode-se dizer que termina por criar um abismo entre o teórico e o prático que parece ser algo bastante problemático* (MARTINEZ GARCIA, 1985:19).<sup>38</sup> Essas considerações não devem, contudo, desqualificá-la, mas sim, e apenas, chamar a atenção para o ponto nevrálgico da obra de RAWLS: sua abstração. Assim, se o objetivo é compreender a obra do autor como um sistema global, há que se iniciar pela análise dessa característica básica, para então, verificar se: a) ela permite a realização efetiva de uma

<sup>37</sup> Com efeito, se a tônica que marca *Uma Teoria da justiça* é a abstração teórica, a questão será radicalmente invertida na obra seguinte do autor, *Liberalismo Político*, que terá como objetivo central a construção –que ele define como sendo um objetivo prático– de uma concepção política de justiça para a *estrutura básica da sociedade*, que possa sustentar uma sociedade bem ordenada.

<sup>38</sup> *La teoría, que nace de una necesidad práctica, acaba olvidando la práctica. Se a creado un abismo entre lo teórico y lo práctico que es problemático.*

determinada *praxis*, ou b) se o seu desdobrar em ação, como afirmaram seus críticos, é preterido em favor de outras justificativas.

A tradição contratualista é, declaradamente, o grande motor da obra de RAWLS, cujo

objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generaliza e eleva a um plano de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos em LOCKE, ROUSSEAU e KANT. Para fazer isso, não devemos pensar no contrato original como um contrato que introduz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo. Pelo contrário, a idéia norteadora é que os princípios da justiça são o objeto do consenso original. São esses princípios que pessoas livres e racionais aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governos que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de *justiça como equidade* (RAWLS, 1997: 12).

Ao propor essa abordagem, o autor insere-se no movimento, já mencionado, de resgate do contratualismo –o neo-contratualismo. Quer também propor uma alternativa à tradição utilitarista e intuicionista que marca a filosofia moral e política dos países anglo-saxões: *o objetivo que me norteia é elaborar uma teoria da justiça que seja uma alternativa para essas doutrinas que há muito dominam a nossa tradição filosófica* (RAWLS, 1997: 03). Essas são as principais questões epistemológicas que encerram a obra de RAWLS. Há que se analisar, agora, cada uma delas isoladamente para, num momento posterior, verificar em que medida sua concepção foi “realizada”. De acordo com RAWLS (1997: 54),

a teoria da justiça é precisamente uma teoria. É uma teoria dos sentimentos morais (para evocar uma denominação do século XVIII) que estabelece os princípios que controlam as nossas forças morais, ou, mais especificamente, o nosso *senso de justiça*. (...) *Uma Teoria da justiça* está sujeita às mesmas regras de método de outras teorias. Definições e análises de significado não ocupam lugar especial: a definição é apenas um recurso usado na montagem da estrutura geral da teoria. Assim que o arcabouço inteiro estiver criado, as definições não têm status distinto e se mantêm em pé ou caem por terra com a própria teoria.

Além de representar a concepção epistemológica dominante, *Uma Teoria da justiça* propõe uma teoria moral cujo papel seria o de encontrar a estrutura subjacente do *senso de justiça* de uma sociedade. Este senso de justiça, na maioria das vezes, não pode ser obtido através da simples observação da cultura e do comportamento desta sociedade, pois o que tende a aparecer é o senso comum a respeito da justiça e não o “verdadeiro” *senso de justiça*, que só poderá ser “descoberto” mediante circunstâncias especiais.<sup>39</sup> Assim, *pode-se pensar a teoria moral primeiramente (e enfatizo a natureza provisória deste enfoque) como uma tentativa de descrever a nossa capacidade ética; ou, no presente caso, pode-se ver a teoria da justiça como a descrição de nosso senso de justiça* (RAWLS, 1997: 50).

A teoria moral pode ser abordada a partir de duas premissas: ou através da ética normativa ou da meta-ética. A meta-ética preocupa-se, fundamentalmente, com a justificação moral; já a ética normativa (em que se insere a teoria de RAWLS) representa, basicamente, a procura de um código comportamental e pode ser teleológica ou deontológica, conforme se considere a prioridade dos fins ou dos meios que levam a um determinado comportamento. Ambas, porém, têm como conceitos principais as noções de bem e de justo. *Então a estrutura de uma teoria ética é em grande parte determinada pelo modo como ela define e interliga essas duas noções básicas* (RAWLS, 1997: 26). Uma boa teoria moral seria, assim, aquela que melhor conseguisse definir o justo e o bem e, ainda, articulasse a melhor forma de relacionamento entre esses conceitos. Alguns autores acrescentam à teoria moral a necessidade de exprimir o conceito do “reto”, que deveria reger os indivíduos. Embora RAWLS não descuide desta questão, ela não representa sua preocupação central. Faz algumas referências aos princípios individuais, mas sua argumentação tem por alvo, efetivamente, as instituições.

---

<sup>39</sup> A idéia da procura por uma “verdade” sobre a justiça, se por um lado é a questão que constitui epistemologicamente *Uma Teoria da justiça*, por outro é um de seus principais pontos “fracos” e será totalmente abandonada no “segundo” RAWLS. Por outro lado, e sobre o senso comum, RAWLS (1997: 50) usa o exemplo da gramática cuja função seria ir bem além ou até em direção distinta da linguagem ordinária, para encontrar as regras que se sustentam na base do sistema da linguagem. Apesar de não se manifestarem explicitamente no cotidiano dos sujeitos, elas possibilitam a sua fala.

As doutrinas teleológicas, desta forma, ao priorizarem os fins, afirmam que o bem é um dado intuitivo, já que se define pelo senso comum e tem prioridade sobre o justo que, por sua vez, maximiza o bem. Ressalva o autor, contudo, que no âmbito destas doutrinas, o bem tem várias acepções: *se for tomado como realização da excelência humana nas diversas formas de cultura, temos o que se pode chamar de perfeccionismo. (...) Se o bem for definido como prazer, temos o hedonismo; se for a felicidade, o eudemonismo, e assim por diante* (RAWLS, 1997: 27). A principal definição de bem que RAWLS insiste em combater é provinda do utilitarismo seguido pelo intuicionismo. Uma crítica bastante contundente que RAWLS recebeu diz respeito à estreiteza com que lida com as teorias morais. De fato, para o autor existem somente duas que vale a pena considerar –o utilitarismo e intuicionismo.<sup>40</sup>

O intuicionismo, na concepção de RAWLS, não é propriamente uma teoria, mas a constatação da insuficiência da teoria com referência à práxis. O autor faz questão de frisar que, embora as teorias intuicionistas estejam muito mais próximas das doutrinas teleológicas, também podem ser de outro tipo (deontológicas). Isso, entretanto, não as redime das críticas, pois o problema radica em outro lugar: *na importância proeminente que conferem ao apelo às nossas capacidades intuitivas, sem dispor da orientação de critérios implícitos e reconhecidamente éticos* (RAWLS, 1997: 44). O intuicionismo é, portanto, a constatação da insuficiência da razão, pois, embora na construção de uma concepção de justiça alguns critérios intuitivos possam ser utilizados, não são suficientes para solucionar os conflitos numa sociedade. É preciso ir muito além: dispor de uma *teoria* que, não prescindido da intuição, seja sustentada pela reflexão. A construção desta teoria é, exatamente, o objetivo da obra do filósofo americano.

---

<sup>40</sup> Nesse sentido, diz CARRACENO (1990:190): *aún limitandose a las democracias constitucionales modernas, como hace RAWLS, es injustificable tal estrechez de miras. Resulta sorprendente su relativa desconsideración del modelo liberal racial –de nuevo en alza estos años– que tan airada repuesta provocó em NOZICK, pero también en HART, DWORKIN y BHUCHANAS. Un examen atento de todas las alternativas vigentes tradicionales hubiera enriquecido y moderado su formulación del modelo liberal-social, evitando numerosas objeciones, muchas de ellas justificadas.*

O principal alvo do autor, entretanto, é o utilitarismo. RAWLS não entra em detalhes sobre as várias distinções teóricas da doutrina utilitária, limitando-se ao princípio geral: *a idéia principal é a de que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros* (RAWLS, 1997: 25).<sup>41</sup> O utilitarismo prega a maximização do bem, sem considerar o justo, excluindo, desta forma, os critérios de distribuição destes bens.

É uma afirmação que leva a compreender a dissociação da idéia de bem da de justiça nas teorias teleológicas: a justiça somente terá importância se existir alguma teoria distributiva que trate o problema da justa distribuição.

Todavia, como acontece com todos os outros preceitos, os da justiça [no utilitarismo] derivam de único objetivo que é o de atingir o saldo máximo de satisfações. Assim em princípio não há razão para que os benefícios maiores de alguns não devam compensar as perdas menores dos outros; ou, mais importante, para que a violação da liberdade de alguns não possa ser justificada por um bem maior partilhado por outros (RAWLS, 1997: 28).

As críticas contundentes ao utilitarismo mostraram-se inéditas à época e, basicamente, centraram-se em três pontos. A primeira dessas críticas acusa-o de interessar-se unicamente pelo quantitativo; logo após é sublinhado que, por descuidar da justiça, a perspectiva utilitária pode acarretar uma distribuição desigual dos bens primários. Outra crítica importante tem por objeto a liberdade. Segundo RAWLS, o utilitarismo reduz a importância da liberdade, pois a sujeita a cálculos de interesses sociais, atribuindo à legislação a tarefa da distribuição dos bens de forma a maximizar todos os desejos possíveis. Estas questões aproximariam o utilitarismo de um empreendimento econômico; e, finalmente, se aplicado às decisões judiciais, *a decisão correta é essencialmente uma questão de*

---

<sup>41</sup> RAWLS afirma que esta definição representa a síntese da obra de Henry SIDGWICK.

*administração eficiente* (RAWLS, 1997:29), tornando a justiça uma ilusão socialmente útil.<sup>42</sup>

Finalmente pode-se dizer que, para RAWLS, os problemas que o utilitarismo acarreta são relacionados a uma concepção teórica que ele subscreve e, portanto, somente podem ser evitados através da construção pública de outra concepção doutrinária, notadamente de caráter deontológico. Isso ocorre porque o autor parte do pressuposto de que é a insuficiência teórica que impede a concretização de determinados pressupostos *que definam o que seja a justa distribuição, fundada num sistema de princípios reconhecidos publicamente como o melhor possível* (FELIPE, 1998: 46).

Com efeito, os pressupostos que constituem uma doutrina deontológica são bastante distintos: o que é justo não depende, antes independe do bem e, como informa RAWLS (1997: 34), *esta prioridade do justo em relação ao bem acaba sendo a característica central da justiça como equidade*. Assim, cumprir os princípios da justiça é bom e justo pois, a partir da tradição contratualista, aquilo que é para o nosso próprio bem está sempre de acordo com nossa natureza, o que faz da *justiça como equidade* uma instituição justa por natureza.

A razão para proceder assim é que, na *justiça como equidade*, o conceito de justo é anterior ao conceito que define o que é bom. Contrariamente ao que ocorre com as teorias teleológicas, algo é bom apenas se adequar modos de vida que são consistentes com os princípios da justiça já disponíveis (RAWLS, 1997: 438).

De fato, uma das principais características de RAWLS é a rejeição de qualquer critério exterior e independente da justiça. O justo deve ser determinado dentro da teoria, de maneira que sua prioridade em relação ao bem acaba sendo o núcleo da construção rawlsiana (RAWLS, 1997: 34-35). A justiça, para RAWLS, é sempre uma virtude artificial, já que: *alguém pode ser justo (ou injusto) somente se considerada alguma convenção social preexistente que em si mesma defina o*

---

<sup>42</sup> As alternativas –talvez respostas– que RAWLS dará a estas questões problemáticas do utilitarismo serão desenvolvidas no decorrer deste trabalho.

*conteúdo da justiça* (BARRY, 1995: 165).<sup>43</sup> Este modelo preexistente, que BARRY afirma necessário ao sistema rawlsiano, é mais especificamente a teoria contratualista.

Com efeito, o autor escolhe o modelo do contrato social para auxiliá-lo na descoberta dos princípios da justiça distributiva, um dos objetivos declarados da *justiça como equidade*. E, tal como se viu, o elemento que auxilia a identificar esta perspectiva contratualista é, sem dúvida, a posição original. É a partir dela – que representa a leitura proposta por RAWLS para o velho estado de natureza – que as partes devem formular e subscrever um contrato que, à diferença do antigo contrato social, não deve originar um Estado, mas princípios de justiça para uma sociedade bem ordenada. Assim, apesar das diferenças entre o velho e o novo contratualismo, uma característica que se mantém é o fato de o contrato ser hipotético.

Parece-nos, neste sentido, que o mérito da terminologia contratualista de RAWLS está em estabelecer correlações entre os termos '*justiça como equidade*' e 'contrato'. A palavra contrato sugere uma diversificação, uma pluralidade e também aponta para a condição de que a divisão apropriada de benefícios e encargos ocorra de acordo com princípios aceitáveis entre os contratantes; por seu turno, a terminologia do contrato permite a idéia de que os princípios podem ser explicados e justificados na medida que são concebidos e escolhidos por pessoas racionais, deliberando em condições equitativas (OLIVEIRA, 2000: 126).

Assinale-se, portanto, uma clara mudança de orientação do contrato tradicional para o novo contratualismo que aponta para novas possibilidades de significação (ou [re]leituras) da teoria do contrato social. Como defendem KUKATHAS e PETTIT (1995: 41), *há duas dimensões em que descobrimos divergências entre os teóricos políticos que são, ou podem ser, descritos como contratualistas. Em primeiro lugar, há divergências quanto ao papel do contrato invocado; em segundo lugar, há divergência quanto à natureza ou à espécie do contrato invocado*. Quanto à natureza do contrato, também duas são as possibilidades: um contrato econômico ou um contrato de caráter político.

---

<sup>43</sup> *Uno puede ser justo (o injusto) sólo contra el transfondo de alguna convención social preexistente que en sí misma define el contenido de la justicia* (BARRY, 1995: 165).

Quando duas ou mais pessoas procuram fazer um acordo que afecte seus interesses de forma diferente, de modo que cada uma delas preferiria uma estrutura diversa da outra parte, o acordo pode ser levado a cabo por duas formas: chamaremos a uma de econômica e a outra de política. A forma econômica consiste em calcular o que melhor serve aos seus interesses e tentar obtê-lo: por exemplo, negociar com o outro ou outros, procurando obter o maior benefício possível com a menor concessão possível da sua parte. A forma política consiste em as partes porem de lado os seus interesses particulares discutindo antes qual a estrutura que melhor responde a certo tipo de considerações –geralmente considerações que, de uma forma ou de outra, têm a ver com o bem comum– que todos consideram relevante. A forma econômica está institucionalizada no processo de negociação próprio do mercado: a forma política –ao menos idealmente– é o foro de debate onde as partes estão impedidas, ainda que só pelo temor da reprovção social, de discutir como se os interesses particulares fossem distintos dos interesses comuns (KUKATHAS e PETTIT, 1995: 41).

Mais importante que a natureza, entretanto, é o papel que o contrato tem em *Uma Teoria da justiça*. Sói reafirmar que ele difere, exatamente por seus objetivos, do contratualismo tradicional. Este último, ao propor a necessidade de legitimar um Estado, faz do contrato um elemento central do exercício da soberania e, em consequência, uma fonte de legitimação da autoridade dentro de um território. Já em RAWLS, o contrato representa uma idéia bastante distinta: *o papel que a concepção de RAWLS atribui ao contrato é mais avaliativo do que legitimador. O contrato é encarado como um teste à desejabilidade e exequibilidade do plano* (KUKATHAS e PETTIT, 1995: 42). Como o Estado está anteriormente estabelecido, cabe à teoria da equidade fornecer instrumentos para avaliar suas instituições, sob o prisma da justiça social: *deste modo, o contrato desempenha um papel que nada tem a ver, particularmente, com a legitimidade dos regimes, mas com a sua validade* (KUKATHAS e PETTIT, 1995: 42).

Resta saber a relação existente entre contrato e justiça propriamente dita, questão que encerra um paradoxo ou até mesmo uma contradição interna na interpretação de *Uma Teoria da justiça*. Trata-se, em suma, da interpretação conforme a noção de juízos ponderados em *equilíbrio reflexivo*. Diz RAWLS (1997: 51) que a necessidade de inserir essa *idéia surge da seguinte maneira: segundo o objetivo provisório da filosofia moral, pode-se dizer que a justiça como*

*equidade é a hipótese segundo a qual os princípios que seriam escolhidos na posição original são idênticos àqueles que correspondem aos nossos juízos ponderados e, assim, esses princípios descrevem o nosso senso de justiça mais profundo.*

É perceptível a mudança que a inserção interpretativa de acordo com o *equilíbrio reflexivo* provoca na teoria rawlsiana, uma vez que a tarefa da teoria deixa de ser a “construção” dos princípios da justiça e assume para si o encargo, a “descoberta do *senso de justiça* subjacente à sociedade democrática” que somente seria expresso através dos princípios da justiça.<sup>44</sup> O que ocorre neste caso?

Isto significa que antes de teorizar sobre qual a concepção de justiça que seria mais adequada, já possuímos julgamentos firmes sobre muitos casos particulares de justiça e injustiça. Qualquer concepção geral de justiça (como a *justiça como equidade*) deve, obrigatoriamente, ser coerente com a maioria desses julgamentos (...) Simultaneamente, os indivíduos também fazem tenção de justificar seus julgamentos particulares ao confrontá-los com uma concepção geral de justiça. Resulta, desta perspectiva, que os indivíduos devem buscar ambos horizontes. A concepção de justiça que devem atingir há que estar em conformidade com seus julgamentos particulares, e deve ser julgada plausível a partir de sua relação de concordância com julgamentos firmemente mantidos (OLIVEIRA, 2000: 130).

O problema é a ambigüidade que a inserção destas ponderações insere na teoria.<sup>45</sup> Em primeiro lugar, está a idéia de contrato e de *posição original* como mecanismos de construção, em contraposição à idéia central de *Uma Teoria da justiça*, que se utiliza desses conceitos para legitimar dados já existentes numa

<sup>44</sup> Com efeito, tal como diz RODILLA (1986: XVIII), *por su parte, la idea de la coherencia en equilibrio reflexivo forma parte de un modo de entender la teoría moral que parece avanzar en la dirección opuesta: aquí no se trata de ‘construir’ (no acordar) principios morales, sino ‘encontrar’ aquellos que mejor casen con nuestros juicios morales ‘considerados’ –entendiendo por tales aquellos juicios que emitidos en circunstancias de reflexión favorables en las que es menos probable que nuestro juicio moral se vea sujeto a distorciones.*

<sup>45</sup> A melhor interpretação e/ou justificação para a inserção da idéia de *equilíbrio reflexivo* em *Uma Teoria da justiça* foi dada por CARRACENO (1990:197) quando afirma que não há tantos motivos para tamanha surpresa no que diz respeito à inserção deste conceito na construção de RAWLS. Basta ser lembrado o papel que o autor atribui à teoria, dada a sua base neopositivista: *en este sentido, los dos principios de justicia se justifican si en la posición original son elegidos con preferencia a otras concepciones tradicionales de la justicia y, a la vez, se compaginan mejor con nuestras convicciones más profundas sobre la justicia. Es decir, se justifican como cualquier teoría científica (según la epistemología neopositivista) y se confirman al mostrar su superioridad sobre las otras teorías morales como el utilitarismo y el intuicionismo.*

sociedade.<sup>46</sup> Assim, parte-se do pressuposto de que o *senso de justiça* é um dado previamente existente e, portanto, somente precisa ser “encontrado”. Ocorre que, pelo fato de estar diluído nas intuições e percepções cotidianas requer condições ideais de reflexão, que se conformariam a partir da *posição original*. As condições ideais, no entanto, perdem sua centralidade na *justiça como equidade* para ter apenas uma participação subsidiária. Trata-se, assim, de uma mudança de enfoque que, embora RAWLS queira fazer parecer sutil, muda os rumos de sua construção. Decorrente desta primeira transformação, há outra de suma importância: o deslocamento da responsabilidade de escolha que, na *posição original*, cabe aos “indivíduos que escolhem para os próprios indivíduos”, na tentativa de encontrar princípios de justiça que sejam compatíveis com idéias coletivas, sustentadas em dados e questões empíricas.

Um bom exemplo para demonstrar o impacto causado pela diferença de interpretação (*posição original* x *equilíbrio reflexivo*) é oferecido por BARRY (1995: 160-162), quando da discussão do princípio da diferença. Deve-se, então, iniciar pela objeção que BARRY faz a RAWLS. Sustenta o autor que *Uma Teoria da justiça*, em determinados momentos, faz algumas distinções que, embora não estejam justificadas, perpassam toda a obra: *uma distinção adotada por RAWLS na sua noção de justiça como equidade é que em alguns contextos a equidade se atribui aos procedimentos e a justiça aos resultados* (BARRY, 1995: 161).<sup>47</sup> É o caso do princípio da diferença, que pode ser justificado de três maneiras distintas, com resultados incompatíveis entre si, embora em todos os casos BARRY demonstre que a questão está em como argumentar em favor da possibilidade de uma distribuição que vá da equidade à diferença.

Uma primeira interpretação seria aquela que nega à liberdade natural a legitimidade na organização da estrutura básica, limitando-se a resguardar as

---

<sup>46</sup> RODILLA (1986: XVIII) explica detalhadamente a questão que apenas em termos indicativos pode ser assim colocada: ‘*constructivismo*’ e ‘*coherencia en equilibrio reflexivo*’ parecen formar parte de dos modos distintos, si no contrapuestos, de concebir la teoría moral y de enfocar el problema de la fundamentación de principios morales –y también, para ser mas específicos, de dos formas de interpretar el papel que desempeña la posición original en el razonamiento moral.

<sup>47</sup> *una distinción, adoptada por RAWLS en su noción de ‘justicia como equidad’, es que en algunos contextos la equidad se atribuye a los procedimientos y la justicia a los resultados.*

desigualdades econômicas a partir da exigência de uma igualdade de ingressos; já para uma segunda interpretação, o princípio da diferença sustenta-se num sistema liberal que defende a igualdade de oportunidades, que garanta a própria liberdade tão cara aos liberais; e, finalmente, para a terceira interpretação, o chamado sistema de igualdade democrática é a abordagem mais consistente, pois permite uma realização dos valores da fraternidade. Esta última seria a interpretação de acordo com o *equilíbrio reflexivo*, pois sustenta que *a justificação do princípio da diferença se apoia na idéia de que numa sociedade democrática as desigualdades imerecidas devem ser compensadas; e o estabelecimento de instituições políticas e econômicas que de formas diversas realizem essa compensação é uma pré-condição para que cada um (e não só os naturalmente privilegiados) possa exercer sua liberdade no sentido 'liberal' do termo: a liberdade de escolher e de realizar os objetivos e fins que se julga valioso perseguir na própria vida* (VITA, 1993: 53).

Assim, conforme a interpretação global da obra de RAWLS que se privilegia (*posição original* ou *equilíbrio reflexivo*), aceita-se a idéia de que o justo é sempre resultado de um procedimento (os dois primeiros casos) ou que o justo (o terceiro caso) já estava anteriormente estabelecido. O procedimento, então, apenas serviu de auxílio para que fossem encontrados nossos juízos ponderados e não se esgota, como na primeira ou na segunda interpretações, em si mesmo, dando muito mais ênfase à legitimidade e à democracia. O problema consiste em tornar este modelo ainda mais “palpável” e de tranqüila assimilação, mais fácil, inclusive, de ser defendido. Não é a interpretação que deve ser privilegiada no âmbito de *Uma Teoria da justiça*, embora na seara do *Liberalismo Político* seja exatamente isto que ocorrerá, pois a *posição original* não pode ser dispensada enquanto método de construção e fundamentação da teoria de RAWLS.

Com efeito, o *equilíbrio reflexivo* traz outro problema crucial que, neste momento,<sup>48</sup> precisa ser enfrentado: ao se considerarem os juízos ponderados como

---

<sup>48</sup> A questão do momento teórico deve ser muito bem fixada, pois, no *Liberalismo Político*, RAWLS sustenta mais veementemente o equilíbrio reflexivo. E, para rebater as críticas

cânones da justiça, acaba-se muito próximo do intuicionismo que RAWLS tanto quer combater. Ou seja, corre-se o risco de tomar as convicções que permeiam o homem comum na sociedade como sendo a “verdade” dentro de uma teoria moral. Como demonstra NAGEL (1975: 02),

O intuicionismo tenta capturar o senso moral sumariando nossas intuições morais particulares em princípios de generalidade máxima e confia em intuições adicionais para resolver conflitos entre esses princípios. Isto não é o que RAWLS pretende. Intenta antes que os princípios subjacentes devam possuir plausibilidade moral intuitiva própria, e que a teoria moral não deveria somente resumir, mas iluminar e fazer plausíveis os julgamentos particulares que explica. Além disso, sua plausibilidade intrínseca pode nos persuadir a modificar ou estender nossas intuições, alcançando, assim, maior coerência teórica. Nosso conhecimento de fatos contingentes sobre a natureza humana e a sociedade representará uma parte significativa no processo. Quando esta relação entre geral e particular produz um resultado relativamente estável e, nenhuma melhoria imediata em qualquer nível torna-se patente, então é dito que nossos julgamentos estão em um estado de *equilíbrio reflexivo*<sup>49</sup>.

A intenção é mostrar que a grande maioria das teorias morais são apresentadas através de modelos diferentes e que o modelo de RAWLS para apresentar a *justiça como equidade* é a *posição original*. A idéia de contrato terá força para fazer frente ao utilitarismo e ao intuicionismo somente se considerada enquanto um modelo. Mas —e é aqui que surge a grande crítica de NAGEL—, RAWLS acreditaria que sua teoria seria melhor aceita com base no *equilíbrio reflexivo*, pois representa *um modelo apropriado para uma teoria da justiça social que depende da visão segundo a qual é justo exigir das pessoas que se submetam somente a procedimentos e instituições se, dada a oportunidade, elas pudessem*

---

contendentes de NAGEL, dedica boa parte da obra a diferenciá-lo do intuicionismo, do qual o método do equilíbrio estaria muito próximo, segundo o crítico de RAWLS.

<sup>49</sup> Intuitionism attempts to capture the moral sense by summarizing our particular moral intuitions in principles of maximum generality, relying on further intuitions to settle conflicts among those principles. This is not what Rawls means. He intends rather that the underlying principles should possess intuitive moral plausibility of their own, and that the total theory should not merely summarize but illuminate and make plausible the particular judgments that it explains. Moreover, its intrinsic plausibility may persuade us to modify or extend our intuitions, thereby achieving greater theoretical coherence. Our knowledge of contingent facts about human nature and society will play a substantial part in the process. When this interplay between general and particular has produced a relatively stable outcome, and no immediate improvements on either level suggest themselves, then our judgments are said to be in a state of reflective equilibrium.

ter a sensação de que concordaram, com determinada antecedência, com os princípios aos quais devem se submeter (NAGEL, 1975: 09).<sup>50</sup> Ao sucumbir ao apelo da prática, RAWLS comprometeria, inclusive, a possibilidade de fundamentar contratualmente *Uma Teoria da justiça*, procedimento necessário, pois caso as pessoas não consigam concordar com os resultados, o recurso ao procedimento (tal qual um jogo justo) daria legitimidade à escolha da justiça.

Esse debate, entretanto, não estaria completo se não levasse em consideração a colaboração de Ronald DWORKIN. De fato, foi este autor que deu a “pedra de toque” à compreensão desta polêmica, mesmo que RAWLS não concorde muito com ela.<sup>51</sup> Para o jurista americano, a problemática que envolve a legitimidade da posição original e do contrato é saber se eles valem por si mesmos ou se precisam de algum elemento posterior para sustentá-los – papel que seria exercido pelo equilíbrio reflexivo. Outra questão colocada é saber se, a partir da posição original, podem-se obter arranjos institucionais subsequentes que obriguem seus destinatários a partir dela. Para DWORKIN isto equivale, então, a saber se logo após a descoberta do véu da ignorância as pessoas continuariam a subscrever os princípios da justiça escolhidos nestas condições, uma vez que muitas delas podem descobrir que estariam em melhores condições do que as imaginadas quando se encontravam na posição original. A questão é colocada da seguinte forma: *trata-se de tentar justificar o uso contemporâneo de dois princípios no pressuposto de que, em condições muito diferentes das presentes, foram escolhidos justamente quando aceitá-los favorecia o interesse de todos os que concordaram com eles*, diz DWORKIN (1975: 20)<sup>52</sup>, evidentemente, referindo-se à escolha e aplicação dos princípios da justiça que, segundo ele, seriam “conservadores”. De acordo com o jurista americano, entretanto, esta

---

<sup>50</sup> *The notion that a contract is the appropriate model for a theory of social justice depends on the view that it is fair to require people to submit to procedures and institutions only if, given the opportunity, they could in some sense have agreed in advance on the principles to which they must submit.*

<sup>51</sup> As razões da discordância são apresentadas no *Liberalismo Político*, mas pode –se dizer que passam pela incompreensão de RAWLS sobre o que é uma teoria do direito ou *uma teoria que leva os direitos a sério*.

escolha seria possível, pois está sustentada na idéia de *equidade*, muito cara aos leitores de RAWLS. Tal como demonstra DWORKIN, em RAWLS a equidade é uma garantia que funciona de forma circular: somente porque os indivíduos são iguais participam nas mesmas condições da *posição original*, e porque participam dela de forma igualitária são tratados igualmente em sociedade. Nestas circunstâncias de igualdade e, ainda, cobertos pelo véu de ignorância, prossegue DWORKIN, a opção sustenta-se realmente muito mais num receio fundado na ignorância de sair prejudicado no futuro do que na crença de sua legitimidade ou justiça.

É por isto que, segundo DWORKIN, faz-se necessário o equilíbrio reflexivo sustentado na suposição de RAWLS de que os homens têm julgamentos a respeito das questões de justiça, as quais, em sua grande maioria, se manifestam na vida cotidiana. O jurista americano –que não vê contradição, mas complementaridade entre as duas técnicas–, afirma que *a posição original desempenha uma parte especial no processo de justificação* [dos princípios da justiça] *mediante o equilíbrio reflexivo. Pode ser usada para demonstrar que os dois princípios estão de acordo com a pauta de aceitabilidade estabelecida pelos princípios políticos* (DWORKIN, 1993: 24).<sup>53</sup> Até aqui, entretanto, nada de novo foi dito, pois parece ser mesmo esta a intenção de RAWLS: em *Uma Teoria da justiça*, a *posição original* não pode ser dispensada.

A inovação que DWORKIN oferece à teoria de RAWLS é afirmar que a *posição original* não pode ser excluída do raciocínio sobre a justiça, pois representa um modelo construtivista de justiça (em oposição ao modelo natural,<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> because it seeks to justify the contemporary use of the two principles on the supposition that, under conditions very different from present conditions, it would be in the antecedent interest of everyone to agree to them.

<sup>53</sup> If this is so, then the original position plays an essential part in the process of justification though equilibrium. It is used to show that the two principles conform to this established standard of acceptability for political principles.

<sup>54</sup> O modelo natural, que na descrição de DWORKIN se assemelha em muito ao intuicionismo de NAGEL, é o modelo de filosofia moral que pressupõe uma realidade previamente dada –uma realidade moral objetiva. Para DWORKIN, o modelo natural *presupposes a philosophical position that can be summarized in this way. Theories of justice, like Rawls' two principles, describe an objective moral reality; they are not, that is, created by men of societies but are rather discovered by them, as they discover laws of physics.* Há que se registrar ainda que DWORKIN foi o primeiro a chamar RAWLS de construtivista, terminologia que o filósofo adotará de ora em diante. A

que diz ser possível obter os princípios através de uma “arqueologia” fundada na observação daquilo que determinadas sociedades entendem por “justo”). Tal modelo permite chegar a um resultado –aos juízos ponderados em equilíbrio reflexivo de uma sociedade de cultura democrática– sem apelar para a intuição. De acordo com este modelo, a justiça –que seria o resultado da posição original em perfeita sintonia com as convicções democráticas– não está previamente dada, mas é um dado por construir. Segundo o jurista americano, o fato permitiria deslocar a avaliação da justiça (por exemplo, aquela efetuada pelas instituições ou pelos funcionários públicos) de julgamentos individuais para situá-los como fruto de uma teoria que seria “dialética” (usa-se esta terminologia na ausência de uma melhor) entre a fusão que combinaria a neutralidade da posição original e as exigências pragmáticas de legitimidade representadas pelo equilíbrio reflexivo. Diz DWORKIN (1975: 31):

O modelo construtivista é um modelo em que alguém poderia contemplar as instituições desde um ponto de vista mais público; é um modelo que alguém poderia propor para o governo de uma comunidade onde as firmes convicções de cada um dos membros são diferentes, ainda que não tão diferentes das que os outros sustentam.// Desde o ponto de vista público, o modelo construtivo é mais atraente por uma razão adicional. Está bastante bem sustentada a consideração coletiva dos problemas da justiça, ou seja, a formulação de uma teoria que se possa considerar uma teoria da comunidade e não de indivíduos particulares<sup>55</sup>.

Pois bem, segundo DWORKIN (1975: 38-39), além desta proficiência que a leitura construtivista oferece para RAWLS, há outra conveniência sobre os

---

diferença entre o modelo natural e o construtivista estaria em que, no primeiro, os princípios são ontologizados, enquanto no segundo, ainda que se reconheçam modelos anteriores, estes não são tidos como dados relevantes na formação da justiça. Por último, lembra DWORKIN que o modelo construtivista é muito usado por juristas quando tomam as precedentes e através destas constroem decisões justas.

<sup>55</sup> *The constructive model looks at these intuitions from a more public standpoint; it is a model that someone might propose for the governance of a community each of whose members has strong convictions that differ, though not too greatly, from the convictions of others. // The constructive model is appealing, from this public standpoint, for an additional reason. It is well suited to group consideration of problems of justice, that is, to developing a theory that can be said to be the theory of a community rather than of particular individuals, and this is an enterprise that is important, for example, in adjudication.* A diferença entre o modelo natural e o modelo construtivista estaria no fato de que, de acordo com o primeiro, a pauta de verdade de um juízo

mais diversos modelos de interpretação: permitem compreender *Uma Teoria da justiça* enquanto teoria baseada em direitos (pois sustentada no contratualismo, cuja prioridade tradicionalmente foram os direitos), ainda que não de forma tão ampla quanto o jurista gostaria.<sup>56</sup> DWORKIN, entretanto, identifica em RAWLS instrumentos importantes para assegurar determinados direitos. E, quanto a isso, faz uma ressalva expressiva, e indica que dentro do modelo construtivista, os direitos naturais não são assumidos enquanto metafísicos. Trata-se unicamente de considerar que este modelo permite a melhor proteção das liberdades individuais, pois não as subordina a nenhum objetivo ou dever ou, ainda, a qualquer combinação entre elas. A única forma de entender os direitos na teoria rawlsiana como direitos naturais, segundo DWORKIN, é considerá-los independentes da legislação e dos costumes (DWORKIN, 1975: 46).<sup>57</sup>

Com efeito, uma herança importante das teorias tradicionais do contrato social (ligadas a uma noção mais metafísica dos direitos naturais), segundo DWORKIN, estaria no fato de, a partir destas, poder-se considerar a superioridade dos sistemas de direitos –fundados na liberdade– como um bem supremo e anterior ao Estado. O que ocorre em RAWLS (e também em DWORKIN) é o deslocamento da prioridade da liberdade para a igualdade: ambos sustentam a prioridade da equidade como princípio constitutivo do sistema de justiça, embora se trate de uma inversão um tanto aparente, pois a liberdade ainda é um importante elemento fundante do sistema.

Essa aparente inversão desloca, à primeira vista, a teoria de RAWLS para junto de um liberalismo mais ameno –como também em DWORKIN– relativamente a sua forma clássica: a veneração do valor da liberdade sobre todos os demais. No entanto, a equidade, que em RAWLS é mensurada pela igualdade, não corresponde à equidade em DWORKIN. Isto porque o elemento

---

moral seria dada pela adequação desta às contingências de fato. Já para o modelo construtivista a verdade de um resultado somente poderia ser medida em contraposição a uma teoria.

<sup>56</sup> Faz-se necessária uma noção da obra de DWORKIN para perceber como ele utiliza a idéia de *posição original* para sustentar sua concepção de teoria baseada em direitos.

<sup>57</sup> But on the constructive model, at least, the assumption of natural rights is not a metaphysically ambitious one. It requires no more than the hypothesis that the best political program, within the sense of that model, is one that takes the protection of certain individual choices as fundamental, and not properly subordinated to any goal or duty or combination of these.

igualdade se depreende, a priori, do princípio das liberdades básicas, o que não ocorre em DWORKIN (CHUEIRI, 1995:148).

Com efeito, embora ambos defendam um liberalismo mais ameno, sem dúvida o de RAWLS é bem mais igualitário que o de DWORKIN, para quem a liberdade surge após o (ou do) contrato, que ele define como uma série de liberdades, reduzindo o seu valor de ideal. Reside aqui, aliás, uma divergência importante entre os dois: mesmo tendo inúmeros pontos de contato com RAWLS, o jurista americano rejeita o grau de igualitarismo de sua teoria. Para DWORKIN (1975: 48-49), o professor de Harvard teria exagerado quando submeteu aos seus critérios de igualitarismo inclusive talentos pessoais, reduzindo, portanto, o âmbito da liberdade.<sup>58</sup> A noção de igualdade do jurista sustenta-se, por outro lado, em duas crenças morais básicas: a idéia de dignidade humana e a de igualdade política. Podemos colocar a questão da seguinte forma: o que está em discussão entre RAWLS e DWORKIN é, acima de tudo, o que se entende por liberdade, ou de forma mais específica, quais os limites desta liberdade. Segundo DWORKIN,

Podemos afirmar, portanto, que a *justiça como equidade* repousa sobre o pressuposto de um direito natural de todos os homens e todas as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, suas características, méritos e excelências, senão enquanto seres humanos com a capacidade de fazer planos e administrar a justiça (1975: 51)<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Para uma teoria fundada em direitos –compreendidos como liberdades– tal como a de DWORKIN, efetivamente, qualquer restrição à liberdade em nome da igualdade, como faz RAWLS, é inaceitável. Com base nisto, DWORKIN formula sua concepção de justiça, como igualdade de atenção e de respeito. A questão, para DWORKIN, centra-se na responsabilidade por suas escolhas. O governo deve tratar a todos com respeito, a não ser que existam motivos para não fazê-lo. O que DWORKIN quer dizer é que ser *desigualdades se originassem somente de preferências diferentes, mecanismos de mercado seriam suficientes para assegurar uma distribuição equitativa dos recursos* (VITA, 1993: 62). Somente quando as desigualdades forem provenientes de recursos não desejados e não cultivados, estas desigualdades devem ser compensadas. O controle, para DWORKIN, deve permanecer sempre. Trata-se, acima de tudo, de produzir um esquema de redistribuição de renda que possa ser efetuado a todo momento. A divergência principal é a seguinte: *DWORKIN rejeita a idéia de que uma distribuição igual “uniforme” de bens primários –da qual só é legítimo se desviar, se isso beneficiar os mais desafortunados– seja a interpretação mais correta da concepção liberal de igualdade* (VITA, 1993: 67). Ocorre que, neste caso, DWORKIN diz que RAWLS está usando termos que remetem à idéia de grupo, à idéia de “alguns”, desconsiderando, assim, as diferenças interpessoais. A mais importante seria a preferência trabalho / não trabalho.

<sup>59</sup> We may therefore say that justice as fairness rest on the assumption of a natural right of all men and women to equality of concern and respect, a right they possess not by virtue of birth or

Portanto, a concretização deste ideal de igualdade implica necessariamente reduzir a liberdade através da interferência paternalista do Estado na sociedade, o que é a mesma coisa que ferir as condições de exercício da liberdade individual. Para RAWLS, em uma sociedade do tipo da que se tem hoje, ainda não é possível abandonar o paternalismo. Muitas vezes a intervenção é até requerida, desejada e necessária, justamente para garantir-se a liberdade e a autonomia individual. A idéia de autonomia individual é, pois, uma idéia que deve se propor a regular a sociedade, nunca é um elemento dado ou anteriormente estabelecido, mas uma procura, tal como a justiça.

RAWLS acredita piamente que a liberdade econômica levada a extremos restringe a liberdade política. Mais ainda, que é um risco para a liberdade da humanidade em geral, e, se não for regulada pelo princípio da equidade (*do fair*), tende a suprimir a liberdade em geral. Tal como já foi dito, o autor de *Uma Teoria da justiça*, não parece concordar com a leitura que DWORKIN fez de sua obra. O que, à primeira vista, desagrada RAWLS é a maneira bastante “estreita” de DWORKIN tratar sua obra como baseada em direitos, o que demonstra incompreensão a respeito da teoria dos direitos fundamentais, tal como se verá no próximo capítulo.

O encerramento deste amplo debate (posição original/ equilíbrio reflexivo/ liberdade/igualdade) somente poderá ser efetuado, entretanto, através de uma nova interrogação. Trata-se de averiguar se a *posição original*, da forma idealizada por RAWLS, tem condições de oferecer os resultados que promete. Ao que parece, mesmo com as contribuições de NAGEL e DWORKIN, a resposta para RAWLS é negativa, pois, embora ele somente venha a explicitar esta insuficiência em sua obra posterior, acaba sucumbindo às críticas e recuando em relação à teoria do

contrato social. Antes, contudo, faz-se necessário levantar as três ordens de crítica sofridas por *Uma Teoria da justiça*.

### 3.2 UMA TEORIA DA JUSTIÇA NA BERLINDA: LIBERTÁRIOS E COMUNITÁRIOS DESCONSTRUINDO RAWLS.

Logo após sua publicação, *Uma Teoria da justiça* foi alvo de intensa e profunda crítica. Pode-se afirmar, inclusive, que nenhuma parte da obra foi poupada, a ponto de a tentativa de resposta aos ataques que sofreu, transformar-se num outro trabalho, bastante distinto do primeiro: o *Liberalismo Político*. Há que se ter presente, entretanto, que devido à extensão destas críticas, faz-se necessário reuni-las em dois “grupos principais” e assim especificar em cada uma delas apenas os pontos relevantes em que atacam a *justiça como equidade* para, ao mesmo tempo, verificar de que forma ajudam a compreender os novos rumos da obra de RAWLS. Privilegiou-se, inicialmente, a apresentação das críticas de Robert NOZICK para, logo após, estabelecer os devastadores ataques dos comunitários, notadamente, os de Michael SANDEL e de Charles TAYLOR.<sup>60</sup>

#### 3.2.1 NOZICK e o Estado mínimo: o primeiro desafio ao igualitarismo de RAWLS

NOZICK *representa o principal expoente daquilo que no mundo anglo-saxão se denomina de ‘libertarianism’ e que entre nós é mais próprio chamar de ‘liberismo’ (ou neoliberalismo), desde que se tenha claro que se trata de uma argumentação em favor do ‘laissez-faire’ sobretudo de natureza moral* (VITA, 1993: 15).<sup>61</sup> De fato, o autor é o que se pode chamar de *libertário baseado em*

---

<sup>60</sup> Essa apresentação das críticas não tem por objetivo ser exaustiva, inclusive ou principalmente, pelos limites deste trabalho, que está centrado na relação entre a Teoria Constitucional e a obra de RAWLS. Não se pode, contudo, deixar de oferecer um espectro, ainda que restrito, das mesmas, sempre objetivando a busca da compreensão da obra do autor americano. Nesta apresentação das críticas poderiam, ainda, ser acrescentadas as que os politicólogos efetuaram à *Uma Teoria da justiça*, que serão, entretanto, melhor analisadas durante o estudo do *Liberalismo Político*.

<sup>61</sup> Neste ponto, é importante ressaltar –em que pese uma leitura deturpada e comprometida que NOZICK muitas vezes faz da obra de RAWLS– que ele não deixa de reconhecer que a *Uma Teoria da justiça* é um trabalho vigoroso, profundo, sutil, amplo, sistemático sobre a filosofia política e moral como nunca se viu igual desde as obras de John Stuart Mill. É uma fonte de

*princípios* (KUKATHAS e PETTIT, 1995: 94-96).<sup>62</sup> cuja importância, neste momento, reside em ser (dos neoliberais) aquele que apresentou uma alternativa consistente à obra de RAWLS, porquanto dedica boa parte de seu trabalho (embora, evidentemente, ela vá muito além disto) a debater vários pontos que considera controversos na *Uma Teoria da justiça*.

Há, por conseguinte, sérias divergências entre eles, que parecem, entretanto, decorrer de uma discordância central: *quais seriam os limites para a justiça distributiva?* Em outras palavras, *sob que argumentos se pode sustentar a legitimidade do princípio da diferença?* Trata-se de uma divergência importante, fruto da interpretação que se dá à teoria da propriedade de LOCKE:

Neste conflito entre NOZICK e RAWLS deve ficar claro que a divisão entre ambos decorre diretamente do fato de que um, ao contrário do outro, pensa que os direitos de LOCKE são exigências fundamentais. Se se pensa que tais direitos são restrições fundamentais, como NOZICK, então surgirão objeções à noção de que as partes na *posição original* decidem sobre os princípios que devem governar a distribuição da propriedade. O procedimento sugere que os direitos de LOCKE devem ser reconhecidos e respeitados apenas se passarem no teste representado pelo dispositivo contratual, ao passo que, no caso de RAWLS, só se passarem no teste da equidade (KUKATHAS e PETTIT, 1995: 105).

O fato é que desta proposição central decorrem outras, não menos importantes, como a questão da extensão do Estado, o papel da cooperação social e a função do mercado.<sup>63</sup> Pode-se iniciar, esclarecendo que a principal marca de sua obra é a defesa de um Estado mínimo. A teoria da formação do Estado de NOZICK resulta de sua concepção de estado de natureza, quando reafirma os

---

*idéias esclarecedoras integradas em um belo conjunto. Os filósofos políticos têm agora ou de trabalhar com a teoria de RAWLS ou explicar por que não o fazem* (NOZICK, 1991: 202).

<sup>62</sup> Esta é a grande diferença entre NOZICK e outros neoliberais: fundamenta a sua teoria em princípios – que apesar de serem bastante amplos – não deixam de representar uma teoria moral.

<sup>63</sup> Limita-se, o estudo propositadamente, a estas três questões, por serem essenciais para a compreensão da obra de RAWLS, longe de querer sugerir que a obra de NOZICK se reduz a elas. Trata-se de uma opção metodológica. Uma crítica importante efetuada por NOZICK a RAWLS que merece ser destacada, é a noção de contrato. Não se pode dizer que NOZICK é exatamente um contratualista, mas sua justificação se aproxima muito da de um contratualista: a instituição de um Estado que deveria ser evidentemente um Estado mínimo na concepção de LOCKE não é algo que os indivíduos fariam intencionalmente, sem tomar conhecimento de para onde ir.

termos de LOCKE (ver cap. I), notadamente, no tocante à questão dos *inconvenientes* de tal estado. Onde diferem, contudo, as idéias do autor clássico do liberalismo das do ícone do neoliberalismo é na crença, neste último, de que, do estado de natureza lockeano, resultaria ‘naturalmente’ um Estado mínimo impulsionado por duas bases: todos atuariam de forma racional e respeitariam o direito dos outros ou, caso isto não ocorresse, compensariam aqueles que foram lesados. Com efeito, ainda no estado de natureza, os indivíduos já começariam a formar associações de proteção mútua. Logo após, deveriam aparecer organizações desse tipo por região, muito próximas da idéia de Estado. Fundamentalmente, esta organização deverá defender seus clientes quando forem atacados e, por último, a organização dominante deve compensá-los. Como se pode ver, o que resulta é realmente um Estado mínimo, com duas únicas funções: proteção dos indivíduos e manutenção do monopólio da força física.<sup>64</sup>

Nossa principal conclusão sobre o Estado é que um Estado mínimo, limitado às funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, de fiscalização do cumprimento dos contratos e assim por diante justifica-se; que o Estado mais amplo violará os direitos das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas, e que não se justifica; e que o Estado mínimo é tanto inspirador quanto certo. Duas implicações dignas de nota são que o Estado não pode usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudar a outros ou para proibir atividades das pessoas que desejam realizá-las para seu próprio bem (NOZICK, 1991: 09)<sup>65</sup>.

Para RAWLS, de acordo com os princípios da justiça, o Estado é sempre um *welfare state* que, em sendo um Estado liberal é, acima de tudo, um Estado intervencionista por razões de justiça.

Para NOZICK (1991: 170), ao contrário, *o Estado mínimo é o mais extenso que se pode justificar. Qualquer outro mais amplo viola direitos das pessoas*. Neste tipo de Estado, não cabe falar de justiça distributiva, especialmente

---

<sup>64</sup> Para uma explanação mais detalhada, ver NOZICK (1991: 25-114). Um excelente “roteiro” detalhando as etapas de formação natural do Estado mínimo em NOZICK pode ser encontrado em KUKATHAS e PETTIT (1995: 97-100).

<sup>65</sup> A defesa do Estado mínimo é também um ensaio de resposta contra os anarquistas que abominam qualquer tipo de Estado. NOZICK sustenta que pelo menos uma organização mínima se faz necessária para a manutenção da segurança e da propriedade (os chamados inconvenientes do estado de natureza de LOCKE).

no tocante à propriedade –entendida muito mais como um direito moral que como um título legal– que é, efetivamente, o que preocupa NOZICK e marca a grande diferença entre os dois. Distintamente do professor de Harvard, que propõe a avaliação da distribuição dos bens numa sociedade a qualquer momento (através do que NOZICK chama de princípio estrutural,<sup>66</sup> pois para RAWLS a idéia de sociedade justa é um processo que deve ser constantemente construído), o autor de *Anarquia, Estado e utopia* (1991: 200-201) sustenta que uma distribuição é justa quando obedece aos princípios de aquisição, transferência e reparação. É o caso quando existe o respeito aos princípios que constituíram historicamente uma determinada forma de distribuição social que se apresenta na atualidade como justa –a concepção de justiça denominada de ‘justo título’–, pois fundada em critérios históricos. Contrariamente, RAWLS (ou mesmo o utilitarismo) sustenta que esses critérios seriam padronizados, pois julgam estar dividindo bens a-históricos ou até mesmo sem dono. Desta forma, se

Os lineamentos gerais da teoria de justiça na propriedade dizem que as propriedades de uma pessoa são justas, e ela tem direito a elas, se foram observados os princípios da justiça na aquisição e na transferência ou o de reparação da injustiça (de forma especificada pelos dois primeiros princípios). Se as propriedades de cada pessoa são justas, então o conjunto total (distribuição) das propriedades é justo (NOZICK, 1991: 174).

NOZICK exclui de seu sistema, portanto, qualquer mecanismo de (re)distribuição dos bens em uma sociedade que está organizada dentro dos princípios que considera justos. Assim, a propriedade será justa se for fruto de uma trajetória histórica de aquisição e transmissão justa. Segundo LOCKE, seria justa se veio do trabalho ou se foi vendida justamente, dentre outras possibilidades. Já para RAWLS, isto não basta: a história é importante, mas não suficiente. De acordo com o segundo princípio, a propriedade deve responder a uma estrutura social justa, de forma a atender grupos menos favorecidos,

---

<sup>66</sup> Como explicam KUKATHAS e PETTIT (1995: 192), o princípio de distribuição estrutural exige muito mais que uma situação de distribuição de bens formada historicamente de forma lícita. Demanda que, a todo momento, essa estrutura seja julgada por algum critério independente –no caso de RAWLS o princípio da diferença–, para que se avalie o estado de distribuição em determinados momentos e assim se corrijam possíveis exageros.

abrigando, então, uma idéia igualitária. Por outro lado, embora apresente uma alternativa à teoria de RAWLS, a de NOZICK contém duas fragilidades. A primeira diz respeito ao fato de que, na concepção de RAWLS, os bens na posição original não pertencem a ninguém, são vistos “como maná que cai do céu” (NOZICK, 1991: 215) e que somente por isto é possível redistribuir. Na teoria de RAWLS isto não é verdade, pois ele propõe uma redistribuição e não confisco e expropriação, como sugere NOZICK. É uma teoria liberal baseada em estruturas de um Estado de bem-estar ou redistributivo, e não uma teoria marxista de cunho revolucionário. Entretanto, é o fato de ser exatamente o que é que a faz muito mais revolucionária que o marxismo, o que perturba profundamente NOZICK. Assim, vê-se obrigado a deformar a teoria de RAWLS, única maneira de levar a cabo as críticas que produz. Para ele, especialmente, os mecanismos propostos por RAWLS levariam a uma interferência contínua por parte do Estado na vida das pessoas, violando, desta forma, os direitos naturais de propriedade e ferindo a liberdade negativa,<sup>67</sup> motivo pelo qual NOZICK (1991: 186-187) não consegue aceitar o princípio da diferença, e muito menos os termos propostos por RAWLS para a cooperação social. Segundo NOZICK (1991: 207-214), RAWLS pretende que a idéia de cooperação social desperte nos indivíduos o sentimento de reciprocidade/solidariedade, levando os mais favorecidos a contribuir com os menos favorecidos, pois, desta forma, todos seriam beneficiados: este seria o caráter do princípio da diferença.

Sem dúvida alguma o princípio da diferença contém os termos na base dos quais os menos dotados cooperariam de boa vontade. (Que termos ‘melhores’ poderiam eles propor para si mesmos?). Mas será um acordo justo, na base do qual os menos bem dotados poderiam esperar a cooperação voluntária dos demais? No tocante à existência de ganhos com a cooperação social, a situação é simétrica. Os mais bem dotados ganham ao cooperar com os menos dotados e estes ganham cooperando com os primeiros. Ainda assim, o princípio da diferença não é neutro entre os mais e menos favorecidos (NOZICK, 1991: 211)

---

<sup>67</sup> Esta crítica em que NOZICK apresenta a idéia de justiça distributiva de RAWLS também parece ser infundada. Somente consegue sustentá-la porque efetua mais uma “simplificação” da obra do professor de Harvard. Segundo NOZICK, este Estado distributivo estaria a todo momento interferindo na vida das pessoas, cerceando sua liberdade. Parece que esquece que RAWLS faz uma defesa árdua do “império do direito”, bem como defende uma política fiscal clara e pública.

Fica evidente, nesses termos, que o princípio da diferença não é um critério justo de (re)distribuição. A solução lógica pensada por NOZICK é sua eventual substituição: *o princípio da diferença é ineficiente, no sentido de que às vezes favorece o 'status quo' contra uma distribuição ótima de Pareto, embora mais desigual. A ineficiência poderia ser eliminada, mudando-se do simples princípio da diferença para um princípio escalonado, que recomenda a maximização da posição do grupo seguinte menos aquinhoado* (NOZICK, 1991: 249). Entretanto, ainda que possa ser utilizado em situações ímpares e para grupos, nenhum critério de distribuição cooperativa pode exceder as vantagens que teria cada indivíduo longe deste mesmo sistema, principalmente quando se trata de suplantar os talentos e dotes naturais.

NOZICK chama a atenção para um ponto importante da teoria da justa distribuição, qual seja, o de que há habilidades individuais e preferências pessoais que podem levar alguns indivíduos a tirarem proveito excepcional das condições nas quais realizam seus projetos de vida. Para NOZICK, o Estado não pode definir limites a essa liberdade, sob pena de incorrer no oposto que apregoa. Mas, como bem o sabemos, NOZICK defende o liberalismo econômico com unhas e dentes. RAWLS defende a liberdade política, mas exige que o Estado esteja atento para os desenvolvimentos subseqüentes do processo de distribuição dos bens sociais primários, para que ele não signifique a cristalização de uma distribuição anterior ao controle da teoria da justiça, qual seja, a distribuição arbitrária dos dotes e habilidades 'de berço' (FELIPE, 1998: 46).

O que RAWLS quer fazer sobressair é que, embora estes bens estejam fora do alcance da estrutura pública da sociedade, é preciso considerar que a própria estrutura de desigualdades pode, através de uma distribuição injusta dos bens, vir a ser reforçada ou até incentivada pelo papel do mercado, no que reside mais uma diferença importante entre os dois pensadores.

Com efeito, ao contrário de NOZICK, que vê no mercado a realização da "liberdade individual", para RAWLS, ele é apenas mais um instrumento do liberalismo político, que proporciona aos indivíduos sua autonomia individual, o que é uma pré-condição para a realização dos projetos racionais de vida, e não uma finalidade em si mesma.

Tanto para a teoria de RAWLS quanto para a de DWORKIN, portanto, o mercado é primariamente valorizado como uma condição necessária (que por sua vez requer outras condições bastantes restritivas) à liberdade individual e à igualdade e somente secundariamente como meio de promover a prosperidade, a utilidade e a eficiência (VITA, 1993: 81).

Para concluir, há que se ter presente que RAWLS, contrariando a atitude que tem diante de outros de seus detratores, não leva muito adiante a discussão nem as críticas de NOZICK relacionadas ao mercado, à cooperação social e à justiça distributiva. Abandona aos poucos o tema, pois parece evidente que, na década de oitenta e seguintes, o vencedor, pelo menos em termos de práticas econômicas, foi NOZICK.

### 3.2.2 O liberalismo e os limites da comunidade: as críticas de SANDEL e TAYLOR

Como já ficou claro, *Uma Teoria da justiça* é contemporânea do que se convencionou chamar de neoindividualismo. Esse movimento, se tem em RAWLS seu principal representante congrega, com certeza, outros adeptos, todos liberais individualistas de direitos (tal como são chamados os liberais que defendem a superioridade dos direitos fundamentais). Eles têm fortes adversários, os chamados anti-individualistas ou comunitaristas que se preocupam em combatê-los afirmando a superioridade do bem comum em relação aos direitos individuais.<sup>68</sup> Trata-se de um forte debate que tem polarizado, nas duas últimas décadas, a teoria social. Quatro são os pontos que contam do cerne da contenda:

---

<sup>68</sup> Para FARRELL (1995: 71) *las teorías comunitarias contemporáneas tienen diferencias entre ellas que alcanzan a la concepción misma de la comunidad. Todas ellas, sin embargo, parece tener en común una idea fuerte de comunidad, entendida como algo más que un elemento de los planes de vida de sus miembros, y concebida –en cambio– como una característica constitutiva de la auto-comprensión de los tales miembros. Así, por ejemplo, una sociedad al estilo rawlsiana no*

Falando de forma bastante simples, poder-se-ia dizer que o desafio tem sido feito em nome de quatro ideais: primeiro, a vida da cidadania é direta e ininterrupta, mostrando a polis ou o conselho como revolucionário como modelos a imitar; segundo, o sentimento de comunidade com sentimentos de fraternidade e solidariedade; terceiro, a transcendência do eu individual para uma identidade grupal, entendida como a identidade na qual todo indivíduo deve encontrar a plenitude ou perfeição de sua identidade pessoal. Há um quarto ideal (...) Se trata da afirmação da auto-realização, quando se entende isso primordialmente como um processo de crescimento mútuo alcançado nas atividades sociais (KATEB, 1993: 203)<sup>69</sup>.

Charles TAYLOR (1993: 177), num ensaio tão bem humorado quanto esclarecedor, diz que este confronto entre liberais e comunitários parece ter adquirido conotações de disputa por 'equipes'. De um lado, estariam RAWLS, DWORKIN, NAGEL, (equipe L) e de outro SANDEL, MAcINTYRE e WALZER (equipe C).<sup>70</sup> A polarização de discurso, segundo ele, seria, por si só, a causa de novas polêmicas que, por sua vez, geram outras discussões e assim por diante, tornando impossível o debate dialógico no que tange, especialmente, à justiça (o que é, no mínimo, irônico).

Historicamente, coloca TAYLOR, a contenda começou com a publicação da obra de RAWLS, duramente rebatida por SANDEL (2000) em *O liberalismo e os limites da justiça*, obra que quer demonstrar a existência de uma inadequação na concepção rawlsiana de sujeito moral: ele seria um eu totalmente desligado de

---

*alcanzaría a constituir una comunidad, puesto que sus integrantes sólo poseen un deseo de participar en esquemas cooperativos.*

<sup>69</sup> *Hablando simplemente, se podría decir que el desafío há sido hecho en nombre de cuatro ideales: primero, la vida de la ciudadanía ininterrumpida y directa, mostrando a la polis o al consejo revolucionario como modelos a imitar estrecha o aproximadamente; segundo, el sentimiento de comunidad, con su satisfacción de las necesidades de arraigo, pertenencia, fraternidad o armonía; tercero, la transcendencia del yo en una identidad grupal, entendida como la identidad en la que todo individuo debe encontrar la plenitud o perfección de su identidad personal. Hay un cuarto ideal (...) Se trata de la afirmación de la autorrealización cuando se la entiende primordialmente como un proceso de crecimiento mutuo alcanzado en las actividades sociales que son públicamente definidas y públicamente sostenidas e incluso facilitadas.*

<sup>70</sup> Neste trabalho, tendo em vista a necessidade de delimitar metodologicamente e principalmente teoricamente o debate que como se quer sugerir é infundável, optou-se por trabalhar a partir de apenas dois dos comunitários mais importantes: Michael SANDEL que se preocupou em criticar especificamente a RAWLS (e não a todo o liberalismo como foi o caso de WALZER ou de MAcINTYRE); Charles TAYLOR porque traz novos e criativos contornos ao debate. No Capítulo IV, além de TAYLOR, será trabalhado Bruce ACKERMANN, pois, dentre os comunitários, foi o que se preocupou diretamente com o Direito.

características provenientes da experiência empírica. Somente por conta disto, RAWLS consegue afirmar que todos os homens são iguais, premissa que provoca a contestação de que, na posição original é possível realizar efetivamente uma 'escolha', pois se todos são iguais, o 'eu concorda consigo mesmo'. Outra crítica de SANDEL é a noção de sociedade de RAWLS (e do liberalismo em geral): não passaria de uma associação de indivíduos livres e independentes sem fortes vínculos entre si. Para os comunitaristas em geral, e para SANDEL, em especial, a questão deve ser vista de forma inversa: a associação precede os indivíduos, pressupõe sua existência, num resgate evidente de ARISTÓTELES e de toda a tradição antiga.<sup>71</sup>

Em relação à justiça, especificamente, SANDEL (2000) afirma ser um grande equívoco ratificar que ela possa ser a primeira virtude das instituições, e esta perspectiva somente se apresentou a RAWLS através de sua visão equivocada do homem. *A crítica de SANDEL a RAWLS consiste em sustentar que os indivíduos que prestam seu consentimento na posição original rawlsiana somente existem na medida em que antes existia uma comunidade. O exagero de SANDEL reside em defender a idéia de que o contexto social constitui completamente a identidade do indivíduo, em lugar de aceitar que o eu está constituído somente parcialmente pelo seu contexto e participa da determinação de sua identidade* (FARRELL, 1995: 74).<sup>72</sup>

Assim, pode-se afirmar que a principal crítica que os comunitários fazem aos liberais é situar o problema em bases erradas. Não se deve perguntar quais os princípios corretos para cada sociedade, pois estes serão tantos quantos forem as comunidades, que sempre fazem colocações políticas e não filosóficas, considerando as últimas, inclusive, não relevantes. Os comunitários afirmam que aqueles que se preocupam com questões de justiça não devem olhar para o

---

<sup>71</sup> De acordo com FARRELL (1995:70), o comunitarismo pode ter duas inspirações: ARISTÓTELES e HEGEL. Este último, contudo, está totalmente ligado à tradição antiga, *de modo que de alguna forma es posible considerar a Aristóteles como el inspirador del comunitarismo.*

<sup>72</sup> La crítica de Sandel a Rawls consiste en sostener que los individuos que prestan su acuerdo en la posición originaria rawlsiana existen sólo en la medida que antes existía una comunidad. La exageración de Sandel reside en defender la idea de que el contexto social constituye

exterior mas para dentro de sua comunidade e descobrir as respostas em suas rotinas implícitas. A justiça das instituições estaria no fato de se viver de acordo com estas práticas compartilhadas, ações que deverão estar centradas no bem comum. O que é bom para nós deve ser bom para a comunidade e vice-versa. O que se deve ter presente é que, distintamente do liberalismo –que conduz a uma prioridade dos direitos fundamentais–, os comunitários lhes preferem o bem comum. Segundo os liberais, é uma atitude que coloca a comunidade acima dos indivíduos. De acordo com KUKATHAS E PETTIT (1995: 114), *as críticas ao liberalismo argumentam que uma sociedade composta por uma diversidade de tradições morais, perfilhando valores diferentes e apenas unida por princípios ou normas liberais não é de modo algum uma sociedade. Duvidam de que a sociedade possa ser governada pela justiça liberal e seja um ideal coerente. Afirmam que a implausibilidade prática da justiça liberal assenta na sua inadequação filosófica.*

As considerações críticas que SANDEL efetuou a RAWLS tiveram, sem dúvida, ressonância no trabalho do professor americano. Já por ocasião de suas primeiras conferências, ele reconhece que não se trata de encontrar um padrão de justiça universal, mas apenas para a sua sociedade (no caso os EUA), levando em consideração suas particularidades. RAWLS, entretanto não vai além disto, pois parece evidente que ele nunca quis afirmar que o contrato define a personalidade da pessoa, nem se propõe a concordar que é a sociedade que determina o ‘eu’. O argumento rawlsiano pode ser assim colocado: trata-se de um evidente exagero afirmar que o contexto social define a minha personalidade. No máximo, ele a influencia. Posso ser identificado ou até identificar-me com ela, mas isto não define quem sou.

Do até aqui exposto, parece que em determinados momentos – principalmente nos primórdios do debate– os comunitários interpretaram mal RAWLS, quando partiram do princípio de que o autor deseja construir uma sociedade do nada, ou seja, da posição original. RAWLS esclareceu que este

---

completamente la identidad del individuo en lugar de aceptar que el yo está constituido sólo de forma parcial por su contexto y participa en la determinación de su propia identidad.

ponto, entretanto, é claro desde a sua primeira obra: o seu ponto de partida são as práticas de sua sociedade (talvez pela confusão que provoca o equilíbrio reflexivo, esse detalhe não tenha ficado esclarecido, mas é evidente que esse é o desejo de RAWLS). BARRY (1993: 298-9) aponta de forma esclarecedora onde se radica o problema e o motivo pelo qual as críticas seriam infundadas: *a crítica que pode ser feita – e que é talvez a mais relevante, é quanto ao método de RAWLS ser adequado ou não. O que parece evidente é que, para ambos, uma questão central estaria no jogo político. O ponto de partida de RAWLS é o desacordo político – e não como acreditam os comunitários, a negação da política – e, desta forma, a resposta adequada nunca poderia vir da política, pois é uma questão que deve procurar pontos de vista externos. A questão é tentar sair desta confusão que representaria a política e tentar encontrar uma solução mais neutra.*

É nesse sentido, também, que parece caminhar a obra de TAYLOR. O autor é, sem dúvida, um comentarista que, pela postura bem mais lúcida e avançada que a de SANDEL, por exemplo, traz uma colaboração importante a este debate, por dois motivos: ele reconhece que sim, há grandes motivos para divergir, mas há, também, motivos que podem levar a um consenso. E, define os motivos de discórdia de forma mais original e, cabe afirmar, com menos 'animosidade'.<sup>73</sup>

Segundo TAYLOR, duas ordens de polêmicas devem ser examinadas para que se possa conhecer a extensão do desacordo e qual a possibilidade de entendimento. *Trata-se, respectivamente, de questões ontológicas e de questões de promoção* (TAYLOR, 1993: 177).<sup>74</sup> As primeiras dizem respeito a questões de justificação da vida social; as segundas, à práticas e posturas políticas e morais adotadas pelos indivíduos na vida social. No centro do debate, encontra-se a idéia de qual deve ser a postura do Estado em relação aos planos e projetos dos indivíduos: devem manter-se distantes (como defendem RAWLS e DWORKIN) ou devem proclamar a existência de uma vida boa, melhor que as outras (tal como SANDEL e MACINTYRE)? *A relação entre estes dois pontos de abordagem é*

<sup>73</sup> Esse também é o caso de WALZER.

<sup>74</sup> *Podemos llamarlas de cuestiones ontológicas y cuestiones de promoción.*

*complexa. Por um lado, são distintas no sentido de que tomar uma posição sobre uma não obriga a dizer não para a outra. Por outro lado, não são completamente independentes, pois a postura que se assuma ontologicamente irá determinar a posição que será defendida na sociedade.* (TAYLOR, 1993:178).<sup>75</sup> E isto, segundo TAYLOR, confunde o debate.

Com efeito, TAYLOR sustenta que têm existido várias interpretações equivocadas e muita insensibilidade diante do problema. Para superará-las deveriam ser abolidos os termos liberal e comunitário e, principalmente, as posturas do tudo ou nada. Ou tem-se uma sociedade do tipo ‘familiar’, defendida pelos comunitaristas<sup>76</sup> ou do tipo ‘individualista’, como querem os liberais.<sup>77</sup> O autor defende, por sua vez, a compatibilidade de ideal social com a pluralidade de projetos de vida. O problema é que não se podem considerar neutros em relação a todas as formas de vida. E, sustenta TAYLOR, mesmo RAWLS assim encara este problema, desconhecendo, por exemplo, a função que cumpre o princípio da diferença. O problema está em acreditar que, para os liberais, porque não existe um bem social –a neutralidade tem que ser entendida em termos de não despotismo– este fato não significa inexistência de vínculos –o princípio da diferença é um exemplo (TAYLOR, 1993: 189). O *senso de justiça* e o razoável também invocam isto em RAWLS –senão não seria possível aceitar a idéia de vínculos. Assim, essa não é somente uma questão de racionalidade instrumental; é também uma questão de vínculos.

O que TAYLOR propõe –e que parece ser uma opção pertinente– é que entre os comunitários os laços sociais são mais fortes –como utopia de ideal social– e nesse sentido, pensando-se a sociedade fraterna como um utópico ideal

---

<sup>75</sup> *La relación entre estos dos cúmulos de cuestiones es compleja. Por un lado, son distintas, en el sentido de que tomar una posición sobre una no obliga a definirse sobre la otra. Por el otro lado, no son completamente independientes, en el echo de que la postura que uno asuma en el nivel ontológico puede formar parte del contexto esencial de la posición por la que de aboga.*

<sup>76</sup> A idéia de associar o comunitarismo como uma família, por exemplo, é voz corrente entre os autores que se dedicam ao estudo do debate. Isto ocorre porque a noção de família quer sugerir a presença de fortes laços afetivos que facilitariam a distribuição de renda e riqueza. *En realidad hay una relación directa entre esos vínculos y el grado de redistribución. En la medida en que me identifico más fuertemente con mis conciudadanos, mas me interesa su bien estar, y menos estoy dispuesto a aceptar que su nivel de vida sea muy inferior al mío* (FARRELL, 1995: 72).

<sup>77</sup> Seria este individualismo que impediria a formação de uma verdadeira comunidade.

social, pode ela ser considerada bem melhor que a de RAWLS. Se bem que como se duvida do homem de RAWLS, é possível duvidar também do homem dos comunitaristas. Até que ponto o patriotismo é algo bom por si mesmo? São grandes as dúvidas quanto a isso. Parece ser esse patriotismo que impede os americanos de pensar o quanto a não-assunção dos conflitos sociais, derivados, entre outras coisas, do multiculturalismo, dificulta a construção da tolerância e do respeito à diferença. Aliás, será esta a preocupação que moverá RAWLS de agora em diante.

### 3.3 DA FILOSOFIA MORAL À FILOSOFIA POLÍTICA: ANÁLISE DA OBRA O LIBERALISMO POLÍTICO E REDEFINIÇÃO DO CONCEITO E ALCANCE DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE.

As fortes críticas e os problemas suscitados por *Uma Teoria da justiça* não passaram despercebidos por RAWLS. Já no início da década de 80 o autor começa a delinear novas formas para o seu trabalho. E, embora ele conteste as sucessivas alterações, elas passam claramente pelo que ficou conhecido como sendo uma *esquizofrenia justificatória* (DAVION e WOLF, 2000),<sup>78</sup> ou seja, a tentativa constante e ininterrupta de responder a todos os seus críticos, bem como de esclarecer pontos que, em sua opinião, não estariam claros em sua primeira obra.<sup>79</sup> Tal é a tônica do *Liberalismo político*:<sup>80</sup> um trabalho cujo objetivo é rever

<sup>78</sup> CARRACENO (1990: 200), mostra que RAWLS no começo preocupou-se em responder diretamente a seus críticos, atitude que ficou conhecida como '*reply to critics*'. Depois, ao que parece, as críticas se avolumaram de tal maneira que ele passou a usar as respostas indiretas ou tácitas.

<sup>79</sup> A autocrítica de RAWLS começa imediatamente após a publicação da *Uma Teoria da justiça* e é marcada essencialmente por dois momentos: a) uma aproximação de KANT e b) um afastamento das teorias morais globalizantes. Os vários trabalhos que apareceram depois da sua obra capital podem ser aglutinados da seguinte forma: *Conferências de Dewey* (1980); *Conferências Introdutórias* (1982); vários artigos posteriores, o *Liberalismo Político* e o *The Law of people*. Tal como colocam, entretanto, seus críticos KUKATHAS e PETTIT (1995: 141-143), a questão que se sobrepõe é saber se efetivamente seu pensamento mudou. E, se isto ocorreu, de que tipo de mudança se trata. Com efeito, pode-se dizer que a obra de RAWLS sofre várias mudanças de ênfase, de conteúdo e de forma que acabam por determinar mudanças substanciais. Há, ainda, dois passos importantes que caracterizam esta transformação: o primeiro, que vai de 1971 até 1982, e o segundo, de 1982 até os dias atuais. É preciso ressaltar aqui –da mesma forma que fazem os filósofos australianos (KUKATHAS e PETTIT, 1995: 142) e cuja postura é endossada neste trabalho– que a tentativa de explicar o desenvolvimento do pensamento de RAWLS é arriscada. Uma mera exposição de um pensamento filosófico pode ser suficientemente polêmica, visto que todos esses exercícios implicam uma interpretação. Uma tentativa de seguir seus passos intelectuais é duplamente difícil porque envolve hipóteses sobre o significado relativo dos vários elementos de seu pensamento –hipóteses que o próprio pensador pode achar surpreendentes ou até mesmo erradas. Tentaremos, contudo, fazer um balanço do desenvolvimento do pensamento de RAWLS, reconhecendo plenamente que estamos sujeitos a apresentar uma interpretação eventualmente mais polêmica do que qualquer outra coisa que tenhamos afirmado até o momento. Com efeito, explicar a transição de uma obra para outra de um autor qualquer, já é tarefa bastante árdua. Tratando-se do pensador em tela, tal tarefa adquire contornos bem mais significativos, pois ele efetua esta transição a passos longos, movido pelas críticas efetuadas e sem nenhuma unidade epistemológica. Se, num primeiro momento, RAWLS aproxima-se de KANT e tenta dar à sua teoria um valor mais próximo do pensamento kantiano, abandona num segundo momento este objetivo e o substitui pela tentativa de fundar sua teoria em valores políticos. Três artigos são

os pontos “problemáticos” da *justiça como equidade*, mas, que, para tanto, acaba por se apresentar com um sentido bastante distinto da sua *Teoria da justiça*.<sup>81</sup>

O autor reconhece inúmeros exageros em sua obra capital –o principal deles sendo que ela se coloca como uma doutrina abrangente, como as que deseja combater. Seu objetivo agora é rever o alcance desta teoria e apresentá-la como uma concepção política de justiça, o que, em sua opinião, traria consigo o apoio de outras várias doutrinas abrangentes por ser uma concepção mínima de justiça que todos poderiam subscrever.<sup>82</sup>

---

absolutamente relevantes neste período: *Justice as fairness: political not metaphysical: The Idea of an overlapping consensus* e *The Priority of right and ideas of the good*, que foram posteriormente compilados no *Liberalismo Político* (1993). As discussões mais importantes que RAWLS manteve foram os debates com HART sobre o conceito de liberdade, e logo após, uma importante discussão com HABERMAS, que o levou a efetuar alguns acréscimos ao *Liberalismo Político* (1996). Talvez, a título de esclarecimento, fosse importante frisar que, nesse momento de transição, o autor insere alguns conceitos relevantes que têm por consequência, a promoção de mudanças paulatinas em sua obra. Trata-se de conceitos como o de bens primários (que devido à amplitude com que eram considerados em *Uma Teoria da justiça*, se vê obrigado a reduzir); o conceito de racional mediado pelo de razoável, a (re)definição de sociedade bem ordenada, o de construtivismo, dentre outros, que por encontrarem sua definição definitiva no *Liberalismo Político* não serão abordados separadamente.

<sup>80</sup> Objetivamente, a obra resulta de uma coletânea de artigos publicados durante a década de oitenta, sendo inédita apenas a sexta conferência. Todos os outros, embora com algumas variações –pouco relevantes– já tinham sido apresentados por RAWLS através de exposição oral em diversas conferências ou publicados em consagradas revistas filosóficas. RAWLS nega explicitamente o fato de as transformações em seu sistema de pensamento serem advindas das críticas recebidas, especialmente as comunitárias, mas uma análise mais acurada de sua obra demonstra que a tentativa de responder a elas é uma chave importante para a sua compreensão. Diz RAWLS (1996: xix): *the changes in the later essays are sometimes said to be replies to criticisms raised by communitarians and others. I don't believe there is a basis for saying this. Of course, whether I am correct interpretation this belief depends on whether the changes can be satisfactorily explained by analytic view of how they fit into revised account of stability. It is certainly no settled by my say so.*

<sup>81</sup> Trata-se, acima de tudo, de uma diferença de alcance. A teoria universalizante que propôs no começo tinha como questão fundamental a tentativa de abarcar todos os bens de valor para a vida humana. O que RAWLS pretende agora é colaborar com a estabilidade através de uma teoria que englobe alguns valores num esquema mais pacificamente aceito. A grande distinção é, portanto, que ele se abre para o pluralismo das sociedades democráticas modernas, para tentar resolver certos problemas que existem na história americana (porém não somente nela) e, notadamente, o conflito entre liberdade e igualdade.

<sup>82</sup> Pode-se adiantar, desde já, e com o objetivo de facilitar a compreensão destas “transformações”, o que RAWLS propõe: a) todas as sociedades modernas acolhem uma diversidade de doutrinas filosóficas, morais, religiosas que se ligam a inúmeras concepções sobre o significado da vida, da liberdade, etc.; b) que é relevante a distinção entre uma concepção política de justiça e uma doutrina religiosa, moral, filosófica, englobante; c) que somente o uso do poder repressivo do Estado é capaz de impor uma única doutrina abrangente; d) que sua teoria seria melhor compreendida como teoria política do que moral, pois não é comprometida com nenhuma teoria metafísica; e) que sua concepção deve ser vista como uma concepção política de justiça; e, finalmente, f) que uma sociedade democrática é capaz de certas idéias intuitivas fundamentais a

Esta finalidade que RAWLS se propõe atingir tem efeitos devastadores sobre sua obra: ele abandona o desejo de construir uma teoria moral (cujo objetivo era ser uma alternativa ao utilitarismo e ao intuicionismo)<sup>83</sup> e diz que sua teoria passará a pertencer ao campo da filosofia política:<sup>84</sup> seria a melhor forma de compreender seu empreendimento. Para o filósofo americano, tratava-se de aplicar a tolerância à filosofia, abandonando a idéia de que alguma teoria possa fornecer respostas verdadeiras. *A filosofia política não está separada, tal como alguns imaginam, do mundo e da sociedade. Também não está apta a descobrir a verdade pelos seus próprios meios de raciocínio, pois não é diferente de qualquer outra tradição de pensamentos e práticas políticas* (RAWLS, 1996: 45).<sup>85</sup>

RAWLS abandona, desta forma, as preocupações epistemológicas e assume, como uma tarefa prática da filosofia política,<sup>86</sup> preocupações pragmáticas: quais os limites e as possibilidades de aplicação concreta de seus princípios da justiça em sociedades profundamente divididas em distintas concepções filosóficas, morais e políticas, dentre outras? RAWLS reconhece que este fato –existência do pluralismo–, que rompe com as pretensões de universalidade que marcam notadamente sua obra, impede que qualquer doutrina de caráter abrangente possa ser assumida por uma sociedade com estas características, inclusive a própria doutrina desenvolvida em *Uma Teoria da Justiça*.

---

partir das quais é possível estabelecer uma concepção política de justiça adequada a um regime constitucional.

<sup>83</sup> Este abandono não se dá de forma total, mas ocorre que RAWLS não volta com muita frequência, embora ainda faça algumas referências ao utilitarismo e, mais recentemente, sobretudo ao intuicionismo.

<sup>84</sup> CARRACENO (1990: 217) demonstra que RAWLS reduz a tentativa de abrangência de sua teoria moral para a teoria política, no que seu conceito de filosofia política torna-se bastante estreito: [unicamente] *el objetivo de su filosofía política es el de lograr una conciliación profunda de ambas tradiciones mediante los principios de justicia*. Em outras palavras, a principal (ou talvez até a única) tarefa da filosofia política passa a ser a construção do *overlapping consensus*.

<sup>85</sup> *Political philosophy does not, as some have thought, withdraw from society and the world. Nor does it claim to discover what is true by its own distinctive methods of reason apart from any tradition of political thought and practice.*

<sup>86</sup> Expressão usada por VITA (1992:18) para definir a idéia de que para RAWLS a filosofia política tem como objetivo construir as bases de um consenso sobre a justiça que todas as teorias abrangentes possam subscrever.

A concepção de filosofia política, então, leva o autor a (re)definir seu projeto, não mais em termos morais e abrangentes, mas em termos políticos:

O problema do *Liberalismo Político* consiste em formular uma concepção de justiça política para um regime democrático constitucional, cuja característica principal é a pluralidade de doutrinas razoáveis –traço marcante da cultura democrática livre– que possam endossar. Não se pretende substituir essas visões abrangentes, nem lhes dar um fundamento verdadeiro. Na realidade, tal pretensão seria enganosa, pois a finalidade do *Liberalismo Político* é outra (RAWLS, 1996: xx)<sup>87</sup>.

A partir do *Liberalismo Político*, o autor começa uma cruzada teórica que tem como objetivo dar uma resposta às críticas do que se considerou insatisfatório em *Uma Teoria da justiça*: o fato de que sua doutrina –que ele considerava uma doutrina abrangente– era incapaz de ser aceita por todos os indivíduos de um Estado. Ao renunciar a essa pretensão, o autor começa a delimitar o *Liberalismo Político* centrado na concepção política de justiça, de uma sociedade democrática, caracterizada por uma pluralidade de doutrinas abrangentes – religiosas, morais, filosóficas– e que não são adotadas em sua totalidade pelos cidadãos, os quais estariam dispostos a subscrever apenas alguns dos princípios. Como diz RAWLS,

o *Liberalismo Político* pressupõe que, por razões políticas, uma pluralidade de doutrinas é adotada pelos cidadãos em seu conjunto. E não deve esperar que isso aconteça num futuro previsível. O *Liberalismo Político* pressupõe que, por razões políticas, uma pluralidade de doutrinas abrangentes incompatíveis entre si é o resultado normal do exercício pelos cidadãos de sua razão no seio das instituições livres de um regime democrático constitucional (RAWLS, 2000: ix).

Com efeito, tomando como pressuposto o pluralismo, o objetivo que move o trabalho recente de RAWLS é o de encontrar um ponto comum que torne possível a estabilidade nas sociedades pluralistas. Para isso, a *justiça como equidade* deve, de agora em diante, ser compreendida como uma concepção

---

<sup>87</sup> *The problem of political liberalism is to work out a conception of political justice for a constitutional democratic regime that the plurality of reasonable doctrines –always a feature of the culture of a free democratic regime– might endorse. The intention is not to replace those comprehensive views, nor to give them a true foundation. Indeed, that intention would be delusional, but that is not the point. Tather, doing that is not the business of political liberalism.*

política –oposta à idéia de doutrina– que não se vincule a nenhuma outra doutrina metafísica compreensiva.

O que RAWLS chegou a admitir é que a falha na Theory estava em não distinguir entre dois tipos muito diferentes de concepção moral: o de uma teoria moral abrangente que remete ao problema da justiça e o de uma concepção política da justiça, independente de qualquer teoria abrangente. Esta distinção é fundamental para compreendermos as transformações ocorridas na teoria da justiça rawlsiana (OLIVEIRA, 2000: 156).

Pois, acrescente-se, ele coloca a da estabilidade como um problema central numa sociedade profundamente dividida entre diversas teorias morais, religiosas, políticas, etc. O *Liberalismo político* representa, portanto, uma restrição aos objetivos expressos por RAWLS desde a década de 70, quando a *justiça como equidade* era uma doutrina incompatível com outras doutrinas e pretendia atingir todos os âmbitos da atuação social. Essa retração dos objetivos, entretanto, não muda a marca pessoal que o autor costuma imprimir a seus trabalhos: da mesma forma que a *Uma Teoria da justiça*, o *Liberalismo político* é auto-referente, e seus conceitos continuam sendo inerentes à própria *justiça como equidade*. E, em que pese o fato de serem revistos e redefinidos, muitos deles adquirindo um novo sentido, não têm valor fora do sistema rawlsiano. Faz-se necessário, portanto, da mesma forma como foi realizado em relação à obra anterior, tomar os conceitos centrais desse trabalho.

### 3.3.1 As Bases para a compreensão da concepção política de justiça: uma análise dos principais conceitos do *Liberalismo político*.

A chave para a compreensão do *Liberalismo político* difere da que esclarece *Uma Teoria da justiça*. Não se trata mais de identificar um conceito,

mas de perceber a existência de uma pretensão. Devem-se resolver as tensões que ficaram em aberto, em especial a que diz respeito ao problema da estabilidade.<sup>88</sup>

Na realidade, pode parecer que o objetivo e o teor destas conferências indicam uma grande mudança em relação aos da *Teoria*. Certamente, como já tenho indicado, há diferenças importantes. Mas para entender a natureza e a extensão dessas diferenças, é preciso vê-las como fatores decorrentes da tentativa de esclarecer um grave problema interno, próprio da *justiça como equidade*, especificamente, o da exposição da estabilidade, efetuado na Parte III de *Teoria*, que não é coerente com a totalidade da obra. A eliminação desta incoerência, creio, responde pelas diferenças entre esta obra e a presente. De resto, as conferências tem a mesma estrutura e conteúdo (RAWLS, 1996: XVIII)<sup>89</sup>.

A questão que envolve o problema da estabilidade tem tamanha importância na formulação do pensamento recente de RAWLS que merece ser bem explicitada. De acordo com GUILLARME (1996: 327), para RAWLS,

a dificuldade é que a teoria da *justiça como equidade* está aí [na *Uma Teoria da Justiça*] concebida como uma doutrina compreensiva. (...) Várias passagens sugerem que, em seu primeiro livro, RAWLS concebia sua teoria como geral. RAWLS acredita, a partir de então, que a prova da estabilidade de sua teoria, na medida que ela supõe uma doutrina moral compreensiva, é contraditória com o liberalismo justificado nas primeiras fases de seu raciocínio. As pessoas fictícias na *posição original* não podem aceitar, ao mesmo tempo, os princípios da justiça e a sua justificação e também a teoria da estabilidade que caracteriza a *Uma Teoria da Justiça*<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Distintamente do sugerido neste trabalho, CARRACENO (1990: 222), indica que o segundo RAWLS também tem no centro de sua construção um conceito: o de cooperação social. Não parece ser essa, contudo, a questão principal em RAWLS, já que, evidentemente, a preocupação maior do autor é a recuperação do conceito do político e a construção das bases da estabilidade.

<sup>89</sup> *Indeed, it may seem that the aim and content of these lectures mark a major change from those of theory. Certainly, as I have indicated, there are important differences. But to understand the nature and extend of the differences, one must see them as arising from trying to resolve a serious problem internal to justice as fairness, namely from the fact that the account of stability in part III of Theory is not consistent with the view as a whole. I believe all differences are consequences of removing that inconsistency. Otherwise these lectures take the structure and content of Theory to remain substantially the same.*

<sup>90</sup> *Il explique que la difficulté est que la théorie de la justice comme équité y est conçue comme une doctrine exhaustive (comprehensive doctrine). (...). Plusieurs passages suggèrent que, dans son premier livre, Rawls conçoit la théorie qu'il propose comme générale. Rawls estime désormais que la preuve de la stabilité de sa théorie, puisqu'elle suppose une doctrine morale exhaustive, est contradictoire avec le libéralisme justifié en dans la première phase de son raisonnement. Les personnes fictives de la position originelle ne peuvent pas accepter à la fois les principes de justice et leur justification, et la théorie de la stabilité qui caractérise la Théorie de la justice.*

Ainda de acordo com o autor francês, esta contradição provém de duas características fundamentais do liberalismo. A primeira delas diz respeito ao fato de que o liberalismo tem sempre uma manifestação empírica: *toda concepção que considera os indivíduos livres, iguais e capazes de formularem e de procurarem realizar sua concepção de bem, é levada a aceitar a existência de pluralidade de doutrinas morais* (GUILLARME, 1996:327).<sup>91</sup> O pluralismo seria o resultado inevitável do funcionamento das instituições livres e do uso pleno da razão. Já a segunda característica do liberalismo *é uma concepção de legitimidade política. Na medida em que reconhece que os cidadãos são livres e iguais, toda concepção liberal deve examinar sua própria estabilidade de tal modo que cada cidadão possa afirmá-la livremente* (GUILLARME, 1996: 327).<sup>92</sup> Como parece tornar-se claro, se concebida como liberal, uma sociedade enquanto sistema de cooperação social, não pode subscrever uma compreensão global como princípio regulador das instituições políticas.<sup>93</sup> Assim,

O vício da primeira obra consiste no fato de que a concepção democrática que ela apresenta torna-se insuficientemente liberal, em virtude das características da natureza humana que implicam o pluralismo em um contexto não coercitivo. A nova obra de RAWLS (como a série de artigos que a precedeu nos anos 80) visa a resolver esta tensão interna do seu primeiro livro (GUILLARME, 1996: 328)<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> *Toute conception qui considère les individus comme libres et égaux, et capables de formuler et de chercher à réaliser leur propre conception du bien, est amenée à accepter l'existence d'une pluralité de doctrines morales.*

<sup>92</sup> Un second corollaire du libéralisme –de nature philosophique celui là– est une conception de la légitimité politique. Parce qu'elle reconnaît que les citoyens sont libres et égaux, toute conception libérale doit envisager sa propre stabilité d'une manière particulière, et doit être telle que chaque citoyen puisse l'affirmer librement.

<sup>93</sup> *O liberalismo político de RAWLS, tal como explica KUKATHAS e PETTIT (1995: 165) é um liberalismo que não depende de nenhum ideal moral liberal em particular, como a autonomia: Continua a ser uma versão de "liberalismo" enquanto sublinha a importância da tolerância e argumenta a favor de um sistema de governo orientado por princípios que não pressupõem uma determinada forma de boa vida como a melhor. A atitude do Liberalismo Político em relação às concepções liberais é, portanto, uma atitude de tolerância, visto que permite a todos os ideais morais em conflito uma competição pacífica –na medida do possível.*

<sup>94</sup> Le défaut du premier ouvrage est que la conception démocratique qu'il présente demeure insuffisamment libérale, compte tenu des caractéristiques de la nature humaine qui impliquent le pluralisme dans un contexte non coercitif. Le nouvel ouvrage de Rawls (comme la série d'articles qui l'ont précédé dans les années 1980) vise à résoudre cette tension interne de son premier livre. Desde já é possível adiantar que, para resolver esta contradição interna, RAWLS proporá uma

Há que se começar, então, pelo que o autor denomina *doutrinas compreensivas e concepção geral*, pelo *fato do pluralismo*, do *pluralismo razoável* e, igualmente, pela verificação do que RAWLS denomina *concepção política de justiça*. Em seguida, passa-se a compreender como, diante desses desafios do pluralismo razoável, sua noção de estabilidade torna-se possível, proposta que leva à *nova formulação da posição original e dos princípios da justiça*; à idéia de *overlapping consensus*; ao *uso público da razão*, conceito que sintetiza o pensamento do autor e, ainda, no âmbito dos conceitos iniciais, à diferença entre as filosofias moral e política. Somente depois de esclarecidas essas premissas, será possível verificar a renovação no sentido e no alcance dos conceitos tradicionais, da mesma forma que verificar o sentido dos conceitos associados ao *Liberalismo Político*.

A correção pragmática, que marca esse segundo momento da obra de RAWLS, é pautada pelo seguinte desafio: *como é possível que exista, por um largo período, uma sociedade justa e estável, composta por cidadãos livres e iguais, os quais estão profundamente divididos por doutrinas filosóficas, religiosas e morais razoáveis?* (RAWLS, 1996: 04)<sup>95</sup> Essa divisão, à qual se refere o autor, diz respeito à existência de uma gama de doutrinas abrangentes ou compreensivas (*comprehensive doctrines*) e, ainda, à existência do que considera uma doutrina geral que se aplica a uma extensa quantidade de pessoas –poder-se-ia dizer à universalidade de indivíduos que compõem um sistema de cooperação social. Por outro lado, as doutrinas abrangentes ou compreensivas são aquelas de caráter moral, filosófico e religioso que compõem a totalidade da cultura social, distinta da cultura política que subscreve uma determinada crença. Elas têm, como característica chave, o fato de dizerem respeito à totalidade (ou à quase totalidade)

---

concepção política de justiça: isto o leva a descartar o universalismo que *Uma Teoria da justiça* expressava, ao dizer que uma concepção de justiça deve ser o mais livre possível de controvérsias metafísicas, que esta concepção deve ser procurada numa democracia constitucional e que deve ser pautada pela tentativa de encontrar um ponto de convergência entre as diversas doutrinas que compõem a sociedade. Esta deverá ser a base da formulação de uma concepção política da justiça e deverá informar as principais instituições sociais.

da esfera de vida pessoal (compreendendo elementos como o amor, amizade, família, entre outros).

Segundo RAWLS, em sociedades de cultura democrática, estas doutrinas, pelo menos em sua grande maioria, tendem a ser razoavelmente abrangentes. São doutrinas *identificadas pela possibilidade de subscreverem, a partir do conjunto de suas convicções, uma agenda social mínima* (OLIVEIRA, 2000: 169). A noção de razoabilidade em matéria de doutrinas abrangentes, na realidade, está relacionada, para o autor, com a possibilidade de subscrever o princípio liberal da não-coerção na formação do consenso.<sup>96</sup> Num primeiro momento, RAWLS aponta como sendo doutrinas abrangentes razoáveis aquelas que pertencem ao que podemos chamar de background culture. *Esta constitui a cultura da vida diária, de suas muitas associações: igreja, universidades, sociedades culturais e científicas, clubes, centros esportivos, para citar somente algumas* (RAWLS, 1996: 14).<sup>97</sup>

Trata-se, como afirma SILVEIRA (1998: 347-8), daquelas doutrinas que os indivíduos professam em suas atividades não públicas e que levam a principal característica da background culture: o fato de situar-se distante dos argumentos

---

<sup>95</sup> *How is it possible for there to exist over time a just and stable society of free and equal citizens, who remain profoundly divided by reasonable religious, philosophical, and moral doctrines?*

<sup>96</sup> De acordo com o exposto no *Liberalismo Político*, são três as características das doutrinas compreensivas razoáveis: a) são um exercício da razão teórica; b) representam os principais valores da vida humana e os organizam e coordenam para que possam servir como instrumentos de inteligibilidade do mundo; e, c) usualmente, pertencem a uma determinada tradição de pensamento ou são descendentes diretas desta tradição (RAWLS, 1996: 57-58). Evidentemente RAWLS não deixa de reconhecer que o pluralismo “não razoável” é também um traço das sociedades liberais. As doutrinas não razoáveis são aquelas que procuram o poder do convencimento não mais através do debate e da expressão do pensamento num âmbito determinado (que tal como se verá, é denominado de não público para RAWLS), e sim através do uso do poder coativo e da força. Contudo, ele faz algumas ressalvas: a primeira delas é que numa sociedade democrática estas doutrinas, apesar de existirem, são raras e, em segundo, que tendem a conseguir pouco ou nenhum espaço diante das doutrinas razoáveis. Isto ocorre porque, *being reasonable is not an epistemological idea (though it has epistemological elements). Rather, it is part of a political ideal of democratic citizenship that includes the idea of public reason. The content of this ideal includes what free and equal citizens as reasonable can require of each other with respect to their reasonable comprehensive views* (RAWLS 1996: 62). E, ainda, é preciso esclarecer que o princípio da legitimidade no *Liberalismo Político* não permite o uso de poder coercitivo para punir aqueles que não subscrevem as mesmas doutrinas a aqueles que se encontram no comando do exercício do poder político.

<sup>97</sup> *Comprehensive doctrines (...) be log to what we may call the “background culture”. It is the culture of daily life, of its many associations: churches and universities, learned and scientific societies, and clubs and teams, to mention a few.*

que compõem a cultura política pública (os argumentos constitucionais e as questões básicas da justiça, como se verá logo abaixo). Ocorre que, em que pese o fato de serem razoáveis, as doutrinas gerais e abrangentes, justamente pelas suas características, dificilmente conseguem –considerada sua totalidade–, ser compatíveis entre si. Muito pelo contrário, buscam a sobreposição de uma pela outra, afetando sobremaneira a estabilidade.

RAWLS não vê essa pluralidade de doutrinas abrangentes como uma dificuldade na cooperação social. Antes afirma que, numa sociedade de instituições livres e liberais o fato do pluralismo é um dado inevitável que não pode (e não deve) ser suprimido, nem confundido com o pluralismo razoável. O primeiro deduz-se da existência de doutrinas abrangentes e divergentes entre si, numa cultura democrática. Trata-se, no caso, de uma das principais características da sociedade contemporânea: o fato de ser marcada e composta por uma pluralidade de doutrinas incompatíveis entre si. São doutrinas abrangentes que abarcam os mais diversos ideais religiosos, morais e filosóficos o que, para RAWLS, não confirma um sentido positivo ou negativo. É apenas mais um dado com o qual é preciso lidar. Já o pluralismo razoável, que interessa prioritariamente –pois, sua precedência sobre o fato do pluralismo irá permitir plantar as bases de um sistema de cooperação social– é o resultado natural do uso da razão e da possibilidade de desfrutar da liberdade oferecida pela existência de instituições democráticas numa sociedade livre:

[o pluralismo razoável] não é simplesmente consequência dos interesses pessoais ou de classe, nem da compreensível tendência dos povos em ver o mundo político desde uma perspectiva limitada. É, pelo contrário, parte da tarefa da razão prática livre, dentro do quadro de instituições livres. Assim, ainda que as doutrinas históricas não sejam, unicamente, obra da razão livre, o fato do pluralismo razoável não é uma desgraça da vida humana, senão o inevitável resultado da razão humana livre (RAWLS, 1996: 37)<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> *They are not simply the upshot of self-and class interests, or of peoples' understandable tendency to view the political world from a limited standpoint. Instead, they are in part the work of free practical reason within the framework of free institutions. Thus, although historical doctrines are not, of course, the work of free reason alone, the fact of reasonable pluralism is not an unfortunate condition of human life. In framing the political conception so that it can, at the second stage, gain the support of reasonable comprehensive doctrines, we are not so much*

É precisamente este o motivo pelo qual o autor acredita ser impossível a qualquer doutrina abrangente servir de base à configuração das instituições sociais, o que equivale a dizer que, em matéria de justiça, há que se esquecer de tentar fundamentá-la em argumentos gerais, para baseá-la em idéias que possam ser reconhecidas pela totalidade das teorias abrangentes. Essencialmente, *um regime democrático não precisa de qualquer acordo sobre uma doutrina compreensiva: a base da unidade deve sair de outros elementos* (RAWLS, 1996: 63).<sup>99</sup> As características necessárias para compor tal pauta de estabilidade seriam, segundo o autor, os traços políticos comuns presentes numa sociedade democrática que, por estarem associados a uma tradição democrática, devem ser reconhecidos por todos os seus membros como fundamentais e fundantes. Seriam aqueles que compõem o que RAWLS denomina de concepção política da justiça,<sup>100</sup> que ele<sup>101</sup> define a partir de três elementos centrais. O primeiro deles é o

---

*adjusting that conception to brute forces of the world but to the inevitable outcome of free human reason.*

A questão é, então, revista por RAWLS a partir deste ponto, qual seja, a necessidade prática de construir pautas para uma sociedade estável. Isto o leva a afirmar, movido pelo seu liberalismo incontestável, a necessidade de encontrar uma concepção que possa ser aceita por todos os indivíduos e que, portanto, devo ter características especiais, notadamente distintas daquelas que marcam as doutrinas gerais e abrangentes. Diz ele que *o ponto essencial é este: do ponto de vista político prático, nenhuma concepção moral geral pode fornecer uma base publicamente reconhecida para uma concepção de justiça num Estado democrático moderno. As condições sociais e históricas de tal Estado originam-se nas guerras da religião que se seguiram à Reforma e no desenvolvimento subsequente do princípio da tolerância, bem como na expansão do governos constitucional e das grandes economias industriais de mercado. Essas condições afetam profundamente os requisitos de uma concepção praticável de justiça política: tal concepção tem de dar espaço a uma diversidade de doutrinas e à pluralidade de concepções conflitantes e, na verdade, incomensuráveis, do bem tal como adotados pelos membros das sociedades democráticas* (RAWLS, 1992: 28).

<sup>99</sup> *A constitutional regime does not require an agreement on a comprehensive doctrine: the basis of its social unity lies else-where.*

<sup>100</sup> Este é um dos conceitos centrais no *Liberalismo Político*, pois trata-se de um ponto de convergência que todas as doutrinas abrangentes podem referendar. Representa “o fio condutor” do pensamento contemporâneo de RAWLS, na tentativa de oferecer uma resposta a críticas importantes efetuadas em *Uma Teoria da justiça* (especialmente dos comunitaristas e politicólogos), insere sua teoria no âmbito da filosofia política; permite-lhe dar conta do problema da estabilidade, pois possibilita o surgimento de um *overlapping consensus*; mas, acima de tudo, representa uma transformação nos objetivos e conteúdo da sua obra, dando uma nova dimensão – bem mais reduzida e modesta – à *justiça como equidade*.

<sup>101</sup> Inicialmente diz o autor: para os objetivos deste trabalho, bastará, em primeiro lugar, mostrar como uma concepção política de justiça com a estrutura e o conteúdo da *justiça como equidade* pode ser entendida como uma concepção política e não metafísica e, em segundo lugar, explicar

seu sujeito, qual seja, a *estrutura básica da sociedade* de uma democracia constitucional moderna.<sup>102</sup> O segundo é a sua formulação, que se faz através de um ponto de vista livre (*freestanding view*). Isso quer dizer que, mesmo que possa ser referendada por qualquer teoria abrangente, não se coaduna com ela e, menos ainda, dela emana. Este ponto precisa ser bem esclarecido, pois, para RAWLS, não se trata de retirar das doutrinas abrangentes pontos de contato para efetuar um “sumário”, mas de um dado da razão: a estrutura básica da sociedade deve ser produzida em condições de independência que permitam uma formulação mais precisa. O terceiro ponto é que seu conteúdo se expressa em termos de idéias fundamentais que se consideram implícitas na cultura política de uma sociedade democrática.

De acordo com GUILLARME (1996: 331)

os dois primeiros elementos apenas esclarecem que a justificação dos princípios constitucionais e da justiça fundamental não deve ser ‘especial’: nem geral nem compreensiva. Para que a concepção de RAWLS seja política nesse sentido, é necessário abandonar a idéia segundo a qual justificação contratualista dos princípios da justiça de uma estrutura social é apenas um caso particular de aplicação da tese contratualista sobre a natureza do direito. A natureza da justiça social deve, a partir de então, ser formulada de maneira independente, sem ser concebida como consequência de uma teoria filosófica mais geral. (...) O último elemento da definição de uma concepção política expõe o meio para a realização desse objetivo. Como selecionar idéias morais que não são especiais? Não se trata de especificar esses ideais como o resultado de um compromisso entre doutrinas compreensivas ou, até mesmo razoáveis: ele são definidos *a priori*, e independem de doutrinas compreensivas conhecidas<sup>103</sup>.

---

por que devemos buscar tal concepção numa sociedade democrática (RAWLS, 1992: 26). Ressalta, ainda, que tal concepção pretende-se política com o objetivo de evitar que expresse proposições universais. RAWLS não deixa de reconhecer, como pode parecer, que tal concepção é uma concepção moral, já que envolve valores, idéias, princípios, entre outros, mas estes têm a característica especial de ser valores políticos: *in saying that conception is moral, I mean, among the others things, that its content is given by certain ideals, principles and standards; and that these norms articulate certain values, interpret this case political values* (RAWLS, 1996: 11).

<sup>102</sup> RAWLS mantém a mesma definição de *estrutura básica da sociedade* que usava ou *Uma Teoria da justiça*. A ideia de sociedade a que ele se refere agora é uma idéia de sociedade fechada: *moreover, I assume that the basic structure is that a closed society: that is, we are to regard it as self-contained and as having no relations with other societies. Its members enter interpretation only by birth and leave interpretation only by death* (RAWLS, 1996: 12).

<sup>103</sup> Les deux premiers éléments ne font qu’exprimer que la justification des principes constitutionnels et de justice fondamentale ne doit pas être ‘spéciale’: ni générale, ni exhaustive. Parse que la conception de Rawls soit politique dans ce sens, il est nécessaire d’abandonner l’idée selon laquelle la justification contractualiste des principes de justice d’une structure sociale n’est

Desta forma, a questão relevante neste momento é saber como a concepção política de justiça deve ser *construída*.<sup>104</sup> Para RAWLS, não se trata de um problema de difícil solução, pois a concepção política de justiça está fundada nas idéias latentes de uma cultura política democrática que tendem, por isso, a ser consensuais: *numa sociedade democrática existe uma tradição de pensamento democrático, cujo conteúdo é familiar e inteligível para os que são educados para a cidadania e possuem um senso comum. Desta forma, as principais instituições da sociedade e as formas como usualmente são interpretadas são vistas como um quadro de idéias e princípios implicitamente compartilhados* (RAWLS, 1996: 14).<sup>105</sup>

As idéias que formam este “quadro comum” e são compartilhadas pelos cidadãos de uma cultura democrática, compõem a base da *justiça como equidade* e, na opinião do autor (1992: 35-36), são três: a) a idéia de que a sociedade é um sistema justo de cooperação social através dos tempos e da troca de gerações que se define a partir dos seguintes termos: trata-se de uma atividade distinta da atividade meramente coordenada socialmente, pois é guiada por normas e procedimentos publicamente reconhecidos; b) implica condições justas de cooperação, ou seja, aceitar os termos desta cooperação desde que os outros também o façam; e, finalmente, c) *requer uma idéia da vantagem racional, do bem, de cada participante. Essa idéia de bem especifica aquilo que os envolvidos na cooperação –sejam indivíduos, famílias ou associações, ou mesmo Estado-*

---

qu'un cas particulier d'application de la thèse contractualiste sur la nature du droit moral. La nature de la justice sociale doit désormais être formulée de manière indépendante, sans être conçue comme la conséquence d'une théorie philosophique plus générale. (...) Le dernier élément de la définition d'une conception politique donne le moyen de la réalisation de cet objectif. Comment, en effet, sélectionner des idéaux moraux qui ne sont pas spéciaux ? Il ne s'agit pas de spécifier ces idéaux comme le résultat d'un compromis entre doctrines exhaustives, même raisonnables : ils sont définis a priori, indépendamment de doctrines exhaustives connues.

<sup>104</sup> A característica que determina como a concepção política de justiça deve ser construída é um dado relevante na obra de RAWLS e deverá ser tratado a seguir. Por enquanto, limitamo-nos a uma referência.

<sup>105</sup> *In a democratic society there is a tradition of democratic thought, the content of which is at least familiar and intelligible to the educated common sense of citizens generally. Society's main institutions, and their accepted forms of interpretation, are seen as a fund of implicitly shared ideas and principles.*

nação—estão tentando obter, quando o esquema é considerado de seu ponto de vista (RAWLS, 1992: 36). A idéia de sociedade como sistema justo de cooperação social, por sua vez, desdobra-se em outras duas idéias fundamentais: a de que os cidadãos (aqueles engajados na cooperação) são pessoas livres e iguais (pois possuem um *senso de justiça* e uma *concepção de bem*) e a outra, a de uma sociedade bem ordenada, considerada como efetivamente regulada por uma concepção política da justiça (RAWLS, 1996: 14).<sup>106</sup>

Posto o que RAWLS quer significar ao conceber a sociedade como um sistema justo de cooperação social composta por cidadãos livres e iguais, resta a questão de saber qual é a forma mais apropriada de justiça capaz de fornecer os princípios da justiça mais adequados ao sistema. Na resposta, o autor recorre ao já conhecido conceito de posição original<sup>107</sup> e (re)introduz os termos do contrato, agora, porém, com um significado mais modesto. Poder-se-ia dizer, inclusive, que o *equilíbrio reflexivo* seria um coadjuvante com um papel principal. Como todo papel coadjuvante —e não secundário— a *posição original* tem ainda uma função determinante:

procurar demonstrar que somente um conjunto de princípios é compatível com as idéias fundamentais implícitas numa sociedade democrática marcada pelo pluralismo razoável. Esta mudança no papel da *posição original* significa que existe também uma mudança no processo de legitimar a *justiça como equidade*. Trata-se, agora, de um processo composto de dois estágios. A *posição original* tem agora a incumbência menos ambiciosa de especificar que a *justiça como equidade* é completamente compatível com

<sup>106</sup> A estes termos de cooperação, RAWLS chama de *reciprocity*. Trata-se de um meio-termo entre o egoísmo e o altruísmo (fazer o bem somente para si mesmo ou, ao contrário, somente pensar nos outros). Quanto à sociedade bem ordenada parece suficiente dizer que RAWLS reitera a definição oferecida em *Uma Teoria da justiça*: é uma sociedade que aceita e todos sabem que aceitam os princípios da justiça; que são ao menos minimamente respeitados e seguidos, e que todos os indivíduos têm um *senso de justiça* e por isto cumprem estes princípios. A única distinção é um acréscimo que RAWLS faz: a sociedade bem ordenada poderá ser uma sociedade estável.

<sup>107</sup> FELIPE (1996: 132) apresenta com clareza o sentido aqui proposto: a *posição originária* é a atitude tolerante de avaliar, dentre todas as tradições do pensamento, qual a que mais respeita os princípios da liberdade e da igualdade na construção de uma teoria da justiça. Para avaliar essas teorias, podem-se formular as seguintes questões: a teoria em questão é, por exemplo, a] definida por uma autoridade externa à vontade do cidadão? B] dada pela lei de Deus? C] dada com base no que os homens conhecem? d] provém da lei natural? e] provém de valores reconhecidos pela intuição racional? Para RAWLS, porém, somente poderá ser uma teoria da justiça democrática aquela que responder afirmativamente à questão: é dada pelos homens através de um contrato livre?

variadas teorias fundamentais na sociedade democrática (OLIVEIRA, 2000: 163).

Em que pese o redimensionamento que dá à posição original, RAWLS continua insistindo no fato de que ela nada mais é do que uma situação hipotética, cuja finalidade se resume na representação:

É um modelo através do qual nós podemos ver –aqui e agora– as condições justas sob as quais os representantes de cidadãos livres e iguais deverão especificar os termos de cooperação no caso da *estrutura básica da sociedade* e, dado também que modela, o que nós vemos, neste caso, como condições restritivas aceitáveis às razões que dispõem as partes para favorecer uma concepção política de justiça em detrimento de outra, a concepção de justiça que adotem as partes identificar-se-á com a concepção de justiça que consideremos –aqui e agora– justa, e que desperte as melhores reações (RAWLS, 1996: 26)<sup>108</sup>.

Antes de tudo, RAWLS esclarece que a *posição original*, vista agora como um instrumento de representação, serve como meio de reflexão e esclarecimento público. Isto é, auxilia-nos a elaborar o que agora pensamos, uma vez que é possível aceitar um ponto de vista independente sobre qual tipo de esquema de cooperação social é desejado por cidadãos livres e iguais e, ainda, para as gerações futuras. Esse argumento tem, também, a função de rebater as críticas efetuadas pelos comunitaristas que o acusam de oferecer uma visão ingênua e metafísica das pessoas. Isso ocorre porque, como ficou estabelecido, uma das principais críticas ao autor tinha por alvo a noção metafísica que ele desenvolvia sobre elas em *Uma Teoria da justiça*. Ora, dirá RAWLS, se a posição original é um esquema de representação, aqueles que a habitam igualmente o são. De fato, o autor esclarece que antes se poderia supor que eram eles mesmos, os membros da sociedade, que estavam na *posição original*. Agora não é mais possível fazê-lo: *quem se encontra na posição original são os representantes de pessoas racionais e razoáveis que correspondem a uma concepção normativa da pessoa que se*

<sup>108</sup> It models what we regard –here and now– as fair conditions under which the representatives of free and equal citizens are to specify the terms of social cooperation in the case of the basic structure of society; and since it also models what, for this case, we regard as acceptable restrictions on reasons available to the parties for favoring one political conception of justice over

*encontra implicitamente reconhecida nas instituições e práticas de uma democracia constitucional (VITA, 1998: 63). As condições de ignorância valem, entretanto, em todos os casos. Isto é bem destacado por BARRY (1995: 199) quando afirma que nos escritos posteriores, RAWLS tem sido levado a defender uma formulação que são os representantes dos membros da sociedade encarregados da tarefa de defender seus interesses, sujeitos à limitação de não conhecer as identidades específicas de seus clientes ou algumas outras coisas da sociedade na qual vivem.*<sup>109</sup>

Ocorre que a idéia de representar os cidadãos de uma sociedade bem ordenada na posição original implica em encontrar um mecanismo que permita representá-los como livres e iguais. Para consegui-lo, RAWLS lança mão, no *Liberalismo Político*, de algumas noções –com retoques– já trabalhadas em sua obra anterior. Inicialmente, reafirma que os cidadãos são livres, pois dotados de razão e detentores de uma capacidade moral, permitindo-lhes ter, dessa forma, uma *concepção de bem*;<sup>110</sup> passam a estar aptos, então, a exigir das instituições públicas meios e mecanismos para a realização deste bem;<sup>111</sup> e, finalmente, são responsáveis pela realização destes fins. Também as pessoas são iguais, pois possuem o mesmo grau de razão que os outros, o que lhes assegura a vida em sociedade.

Com efeito, *uma sociedade bem-ordenada e democrática pressupõe a afirmação de cada um dos cidadãos como ser racional, no sentido kantiano. Cada um tem uma autonomia racional para realizar seu próprio bem. Mas, dado que todos dispõem, também, de uma natureza instintual, sensual, é preciso equilibrar a autonomia racional com a autonomia social. As concepções particulares,*

---

another, the conception of justice the parties would adopt identifies the conception of justice that we regard –here and now– as fair and supported by the best reasons.

<sup>109</sup> En los escritos posteriores RAWLS há tendido a adoptar una formulación en la que son representantes de los miembros de la sociedad cargados con la tarea de defender sus intereses, sujetos a la limitación de no conocer las identidades específicas de sus clientes o de algunas otras cosas acerca de la sociedad en que viven.

<sup>110</sup> FELIPE (1996: 129) demonstra que a noção de bem, em RAWLS, tem duas dimensões: a *concepção particular de bem define a identidade moral do cidadão e a concepção pública do bem define sua identidade política. RAWLS subordina aquela a esta, e exige desta que não fira naquela o correspondente aos ideais democráticos*

*religiosas morais, políticas ou filosóficas do Bem, submetem-se à vontade política geral do bem comum a todos* (FELIPE, 1996: 132). Este dualismo (individual/social), trazido por RAWLS, tem a finalidade de discutir o conceito de *razoabilidade*. De fato, a noção de razoabilidade só pode ser compreendida no seio da concepção de sociedade, pois permite sua configuração como um sistema justo de cooperação social, sustentando na promoção do bem comum.<sup>112</sup> Esta noção, diz respeito à idéia de *reciprocity*: acarreta o fato de que as pessoas se comportam conforme as regras, pois sabem que os outros assim se comportarão e, ao mesmo tempo, sabem até onde e o que podem exigir dos outros:<sup>113</sup>

As pessoas são razoáveis quando, por exemplo, entre iguais, estão dispostas a propor princípios e normas como termos justos de uma cooperação e cumpri-las de bom grado, se estão certas de que os demais farão a mesma coisa. Consideram que essas normas são suficientemente razoáveis para que todos aceitem e, portanto, justificáveis para eles e estão dispostos a debater sobre os termos justos que se proponham as demais pessoas (RAWLS, 1996: 49)<sup>114</sup>.

Ela prende-se, também, à idéia de *burdens of judgment*,<sup>115</sup> com a qual representa uma espécie de limite à possibilidade de sobreposição de uma doutrina abrangente em relação a outra. Em decorrência disso, estabelece limites ao uso abusivo do poder político e da força. *Muito dessa definição recai sobre um termo de sentido notoriamente vago, "razoável". Se algum de nós diz que não é*

---

<sup>111</sup> Para especificar melhor esta qualidade dos indivíduos, RAWLS os opõe aos escravos incapazes de efetuar tais reivindicações, por não poderem ser considerados pessoas.

<sup>112</sup> Como bem explica CARRACENO (1990: 203): *hay que notar, no obstante, que el 'reasonable' presupone y subordina al 'rational': es el primero el que define los términos equitativos de la cooperación, aceptables por todos; pero presupone al racional porque sin garantizar la ventaja racional de cada una de las partes no cabe la cooperación social. Y el primero limita al segundo porque sus principios limitan los fines que pueden prenderse*. Deve-se notar contudo que, embora CARRACENO esteja correto em sua percepção de limitar o racional pelo razoável, RAWLS muitas vezes é vacilante em admitir esse fato, pois, equivocadamente, acredita que os dois termos são independentes entre si.

<sup>113</sup> Segundo RAWLS (1996), a idéia de reciprocidade encontra-se entre a idéia de imparcialidade que é altruísta e a obtenção de benefícios mútuos no sentido de obtenção de vantagens por todos em relação à situação de cada um.

<sup>114</sup> Persons are reasonable in one basic aspect when, among equals say, they are ready to propose principles and standards as fair terms of cooperation and to abide by them willingly, given the assurance that others will likewise do so. Those norms they view as reasonable for everyone to accept and therefore as justifiable to them; and they are ready to discuss the fair terms that others propose.

*razoável rejeitar uma determinada proposta, nossa reação será a de perguntar de imediato por quê?* (VITA, 1998: 62). Porque pessoas razoáveis não iriam além dos limites da argumentação razoável, gerando o que RAWLS denomina um desacordo razoável, ou seja, *entre pessoas que têm levado na prática seus dois poderes morais em grau suficiente para serem cidadãos livres e iguais, num regime constitucional, e que têm o desejo de aceitar os termos desta cooperação e de ser integrantes plenamente cooperadores dessa sociedade* (RAWLS, 1996: 55).<sup>116</sup>

Do até aqui exposto, é possível deduzir que, da mesma forma que procede na exposição e criação da *Uma Teoria da justiça* e no *Liberalismo político* RAWLS, seguindo sugestão de DWORKIN, ‘constrói’ seus princípios da justiça. Em *Uma Teoria da justiça* isto está diretamente ligado à idéia de *justiça procedimental pura*, ou seja, aquela concepção que determina que o justo não é um dado previamente dado mas que deve ser o resultado de um ‘processo de construção puro’.<sup>117</sup> BARRY (1995: 285) diz que, para se ter um conceito construtivista de justiça, são necessárias duas condições: *o vínculo com a noção de justiça procedimental pura que estipule que deve existir uma teoria com o propósito de que aquilo que surge de determinado tipo de situação há de valer com justo (...) e [que] a construção seja realizada por um teórico e não por pessoas que se encontrem elas mesmas na situação.*

---

<sup>115</sup> Optou-se pelo termo original.

<sup>116</sup> Between persons who have realize their two moral powers to a degree sufficient to be free and equal citizens in a constitutional regime, and who have an enduring desire to honor fair terms of cooperation and to be fully cooperating members of society.

<sup>117</sup> Esta postura de elaboração auto-referente de uma teoria é denominada *construtivismo* e a de RAWLS foi assim denominada pela primeira vez por DWORKIN. Através da menção ao fato de que sua teoria teria este caráter, RAWLS reconhece mais uma vez a pertinência das críticas que lhe foram dirigidas e, portanto, muda de postura. O autor refere-se a sua teoria como construtivista, pela primeira vez, nas Conferências de Dewey (1980), quando estabelece uma conexão entre construtivismo e justiça processual pura. Ele incorporou o conteúdo desta conferência, como já foi dito, ao *Liberalismo político* e modificou seu teor pela idéia de construtivismo político. A idéia do construtivismo é que nenhuma solução justa é dada de antemão, precisando ser construída, no caso, pela *posição original*. Somente os critérios desenvolvidos pela *posição original*, mesmo que esta tenha adquirido um sentido mais modesto, é que permitem uma justiça processual pura. O conceito de construtivismo está ligado à doutrina segundo a qual aquilo que seria acordado em determinadas situações é justo.

Estas duas condições também estão garantidas no *Liberalismo político* através da (re)elaboração do significado da *posição original* e da introdução do conceito de pessoas razoáveis pois,

é claro que RAWLS ainda está interessado na descoberta de princípios de justiça, embora afirme agora que também procura 'formular' as bases do acordo, ou dar 'origem e elaborar' pontos de partida para a compreensão comum. Como sugere o título das conferências Dewey, também está a tentar construir um conceito de justiça. Não se preocupa apenas com a utilização do dispositivo do acordo hipotético para a descoberta de princípios morais, mas também com a 'procura de motivos racionais para alcançar o acordo' (KUKATHAS e PETTIT, 1995: 148)<sup>118</sup>.

Naquele momento, ele rejeita o construtivismo de KANT por ser moral,<sup>119</sup> uma vez que sua proposta está ligada ao conteúdo de uma concepção política de justiça, ou seja, aos princípios da justiça, mas que, entretanto, serão elaborados a partir da cultura política pública ou dos conceitos fundamentais compartilhados por uma sociedade. Para a construção desses princípios, RAWLS propõe a substituição dos critérios da verdade (é preciso abrir mão de se determinar qual seria a doutrina verdadeira, pois a necessidade de verdade impõe um critério único, sendo que não há elementos que permitam excluir todos os critérios que não forem abarcados pelo da verdade). São diretrizes que notadamente marcaram *Uma Teoria da justiça* através da razoabilidade. Assim, a partir desse princípio, constrói-se uma justiça procedimental pura, que pode proporcionar decisões justas. É o motivo pelo qual a *posição original* e o conceito de razoabilidade modelam o construtivismo de RAWLS, que ele denomina, por motivos óbvios, de construtivismo político, o qual representa a estrutura e o conteúdo de uma concepção política. Expressa que, quando se atinge –se é que alguma vez isto

<sup>118</sup> RAWLS esclarece neste período que se, embora na *posição original*, sob um véu de ignorância, as pessoas escolhem princípios abstratos, estes princípios não são tão abstratos assim. Trata-se de princípios que estão presentes na sociedade que eles pretendem regular. Este contexto ou enquadramento no qual a escolha racional acontece, é caracterizado por RAWLS como o 'razoável'. Em seu cerne encontra-se a noção de "termos equitativos de cooperação", aceitos por todos os que têm a possibilidade de escolher nessa sociedade.

<sup>119</sup> Com efeito, tal como demonstra CARRACENO (1990:212-213), a relação RAWLS / KANT estaria marcada pela ênfase equivocada que RAWLS dá aos procedimentos kantianos e que, portanto, não interpreta o filósofo alemão numa linha construtivista que permitiria uma aproximação maior entre os dois.

ocorre— o equilíbrio reflexivo. os princípios da justiça (seu conteúdo) podem apresentar-se como o resultado de determinado procedimento de construção (a estrutura).<sup>120</sup> RAWLS explica que o sentido construtivista de sua obra existe no sentido de propiciar uma conexão entre o fato do pluralismo razoável e a necessidade de se ter uma sociedade democrática que assegure a possibilidade de um *overlapping consensus* sob seus valores fundamentais, sendo que isto só é possível porque o construtivismo se apóia no equilíbrio reflexivo.

O autor aponta, finalmente, quatro características para especificar o que seja o construtivismo político: a primeira delas é que os princípios da justiça podem ser representados como um procedimento de construção;<sup>121</sup> a segunda é que o procedimento de construção sustenta-se num exercício da razão prática e não teórica —cuja função é de conhecimento; a terceira, é a concepção complexa da pessoa e da sociedade para dar forma e estrutura à sua construção; e, finalmente, aquela característica que determina e aplica a idéia do razoável, que traz a modificação definitiva na epistemologia da obra de RAWLS. Assim sendo, sustenta CARRACENO (1990: 210) *que a objetividade dos princípios não se encontra no fato de serem os mesmos verdadeiros, mas sim radica no sentido indicado de serem eles razoáveis, isto é, moralmente justificados. Aqui, enfim, fica clara a preferência pragmática pelo equilíbrio reflexivo, o que não parecia lógico até então.*

Ainda na tentativa de compreender os elementos centrais do *Liberalismo Político*, é preciso referir-se à preocupação que RAWLS demonstra, neste então, pelos problemas conceituais de liberdade. Embora ele não o admita de forma direta, o que transparece da sua discussão com HART (1975) é que as preocupações com a liberdade e suas garantias, em *Uma Teoria da Justiça* mostram-se insuficientes, já que não distingue os *dois conceitos de liberdade* (ver

---

<sup>120</sup> Political constructivism is a view about the structure and content of a political conception. It says that once, if ever, reflective equilibrium is attained, the principles of political justice (content) may be represented as the outcome of a certain procedure of construction (structure).

<sup>121</sup> Quer isto dizer que os agentes racionais, em seu papel de representantes dos cidadãos, selecionam os princípios que regularão a estrutura básica da sociedade.

capítulo I) e trata as duas formas de maneira igual. Para CARRACENO (1990: 204), enfim,

ainda que Rawls não reconheça esta modificação, parece óbvio que foram as duras críticas recebidas por parte dos liberais radicais, muito em alta nos últimos tempos, que o obrigaram a realizar esta diferenciação. Sua ausência era surpreendente dada a incansável tendência interna entre ambas as tendências, tanto no campo político como no teórico.

### 3.3.2 O *Overlapping consensus* e o conceito de político para RAWLS: problemas capitais no *Liberalismo político*?

Ato contínuo à especificação das categorias de trabalho e fundamentação da segunda etapa do pensamento de RAWLS, é preciso verificar, a partir do objetivo declarado do autor, o que são a obtenção e a garantia da estabilidade de uma sociedade de cultura democrática e de que forma ele se propõe atingi-las, considerando-se o fato do pluralismo razoável. Basta entender para obter a resposta: de que forma a filosofia política é capaz de assegurar a estabilidade e a unidade social, enquanto garante o pluralismo, que é marca registrada de todas as sociedades democráticas contemporâneas? Antes, contudo, há que se mencionar o que é estabilidade para o professor americano. Ela envolve duas questões:

A primeira é saber se as pessoas que crescem sob determinadas instituições (definidas por uma concepção política de justiça) adquirem um *sense of justice* que seja suficientemente forte e que, portanto, as leve a agir de acordo com ele. A segunda questão é saber se, considerando-se os fatos gerais que caracterizam a cultura pública democrática, em particular, o pluralismo razoável, a concepção política pode ser o foco de um *overlapping consensus* (RAWLS, 1996: 141)<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> *The first is answered by setting out the moral psychology in accordance with which citizens in a well-ordered society acquire a normally sufficient sense of justice so that they comply with its just arrangements. The second is answered by the idea of an overlapping consensus and meeting the various difficulties arising in connection with it.*

À primeira, RAWLS responde afirmativamente, referendando sua psicologia moral. Sustenta, mais precisamente, o fato de que os cidadãos que crescem numa sociedade justa desenvolvem um *sensu de justiça* que assegura o respeito pelas instituições e, desta forma, contribui para a estabilidade. Já a segunda, centrada no fato do pluralismo razoável, coloca em tela o *overlapping consensus*.

Com efeito, tendo em vista que, para o autor, tal como já mencionado, o pluralismo não é uma característica passageira, mas um fato marcante de toda sociedade moderna, *a estabilidade e a unidade social serão ameaçadas se se perpetuarem os desacordos por resolver e se se intensificarem as profundas divisões latentes na sociedade, aumentando assim a insegurança e a hostilidade da vida pública* (KUKATHAS e PETTIT, 1995: 161). Faz-se necessário, portanto, construir alguma possibilidade de solução de conflitos que ofereça, ao mesmo tempo, um padrão de justiça e assegure o respeito pelas diversas concepções de bem. Esta é, portanto, a primeira limitação que o filósofo impõe a qualquer espécie de consenso que, segundo CARRACENO (1990:224), em RAWLS seria construído a partir da precedência do justo sobre o bem, pois *o justo é único, enquanto que as concepções de bem são muitas. A pluralidade de bens não ameaça a unidade que se sustenta no justo*. Diz RAWLS (1996: 173):

A idéia de prioridade do justo é um elemento essencial daquilo que se chama de '*Liberalismo Político*' e desempenha um papel central na *justiça como equidade* como uma das formas desse ponto de vista. Esta prioridade, que pode suscitar interpretações distorcidas, pode ser tomada, por exemplo, como aquele fato que determina que uma concepção política liberal de justiça não pode utilizar nenhuma idéia de bem, com exceção daquelas que são instrumentais ou daquelas que são preferenciais ou se referem a uma escolha individual<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup>*The Idea of the priority of right is an essential element in what I have called "political liberalism" and it has a central role in justice as fairness as a form of that view. This priority may give rise to misunderstandings: it may be thought, for example, to imply that a liberal political conception of justice cannot use any ideas of the good at all, except perhaps those that are a matter of preference or of individual choice.* No original percebe-se que RAWLS usa o termo 'right' que poderia ser entendido como a precedência do direito sobre o justo ou, ainda, do reto/correto sobre o justo. Optou-se, contudo, por acompanhar as traduções da obra para o espanhol bem como para o português que utilizam o termo 'justo'.

Ao conjugar estes dois pontos –e atribuir-lhes a prioridade de definir o *Liberalismo Político*–, RAWLS<sup>124</sup> quer afastar a idéia de que um consenso sobre a justiça é algo muito próximo do *modus vivendi* hobbesiano (ver Capítulo I),<sup>125</sup> em que a unidade social é apenas aparente, sua estabilidade contingente e baseada em interesses pessoais. O alicerce não é a justiça, mas a ordem, e faculta o uso da força física contra aqueles que subscrevem posturas distintas. Segundo RAWLS (1996: 147):

que um *overlapping consensus* é algo muito diferente de um *modus vivendi* é algo que parece óbvio.(...) Primeiro, o objeto do consenso, a concepção política de justiça, é endossada por razões morais, segundo, ela inclui concepções de sociedade e cidadãos enquanto pessoas, assim como, princípios da justiça e uma visão das virtudes políticas por meio das quais esses princípios se encarnam no caráter humano e são expressos na vida pública. Por conseguinte, um *overlapping consensus* não é apenas um acordo sustentado por autoridades ou esquemas institucionais, fundados em interesses pessoais ou de grupos<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> O autor questiona-se sobre se é justo pensar que para viver sob condições justas é necessário abdicar de algumas possibilidades de realização individual do bem em detrimento da justiça. *The question is this: if some conceptions will die out and others survive only barely in a just constitutional regime, does this by itself imply that its political conception of justice is not fair to them? Is the political conception arbitrarily biased against these views, or better, is it just or unjust to the persons whose conceptions they are, or might be? Without further explanation, it would not appear to be unfair to them, for social influences favoring some doctrines over others cannot be avoided by any view of political justice. No society can include within itself all forms of life. We may indeed lament the limited space, as it were, of social worlds, and of ours in particular; and we may regret some of the inevitable effects of our culture and social structure. As Berlin has long maintained (it is one of his fundamental themes), there is no social world without loss: that is, no social world that does not exclude some ways of life that realize in special ways certain fundamental values. The nature of its culture and institutions proves too uncongenial. But these social necessities are not to be taken for arbitrary views or injustice.*

<sup>125</sup> Pablo da SILVEIRA (1998: 349) comenta que esse tipo de modelo é bastante característico das sociedades internacionais. Adverte ele, contudo, que *si bien este tipo de transación es útil en el nivel de las relaciones internacionales, enfrenta una séria dificultad cuando se trata de justificar instituciones dentro de una sociedad: un modus vivendi sólo puede durar mientras dure la correlación de fuerzas que existía en el momento de pactarlo. Como cada parte atiende exclusivamente a su próprio interés, toda variación en esa correlación de fuerzas llevará a la parte beneficiada a proponer una reformulación de los términos del pacto. Esto hace que el modus vivendi no pueda asegurar la estabilidad de una concepción de la justicia.*

<sup>126</sup> *That a overlapping consensus is quite different from a modus vivendi is clear from our model case.(...) first, the object of consensus, the political conception of justice, is itself a moral conception. And second, it is affirmed on moral grounds, that is, it includes conceptions of society and of citizens as persons, as well as principles of justice, and an account of the political virtues through which those principles are embodied in human character and expressed in public life. An overlapping consensus, therefore, is not merely a consensus on accepting certain authorities, or on complying with certain institutional arrangements, founded on a convergence of self- or group interests.*

Para Catherine AUDARD (1989: 415-416), em que pesem essas considerações, RAWLS é muito tentado a subscrever um modelo de *modus vivendi*, pois

Um *modus vivendi* sendo um consenso alcançado *de facto*, tem a vantagem de não fazer interferir ideais nem sistemas de valores. Deste ponto de vista ele é tolerante em relação à pluralidade de opiniões que reinam entre os cidadãos, não fazendo nenhum julgamento de valor em relação a eles. RAWLS mostra que, por exemplo, em HOBBS, o fundamento do consenso político apoiado no interesse individual e na necessidade de sobrevivência é puramente pragmático e não faz intervir nenhuma doutrina metafísica. É a única coisa a fazer, dados o sectarismo e os conflitos de interesse que reinam na sociedade da época. Assim, pois, o *modus vivendi* seria um bom candidato para servir de fundamento ao consenso político de uma sociedade pluralista e conflitante, isto é constituída de indivíduos centrados exclusivamente neles mesmos, como impérios num império só consentindo a coexistência pacífica na medida em que ela serve seus interesses do momento. Por que então não se contentar com esse tipo de visão da sociedade? (...)A razão essencial disso é que o consenso buscado por RAWLS deve possuir uma *estabilidade psicológica* que nenhum *modus vivendi* saberia ter. Os indivíduos na sociedade rawlsiana são movidos por seus interesses individuais, mas também por interesses de uma ordem mais elevada, a saber, o bem que representa a cooperação social. Se essas duas séries de interesse não existissem, não haveria a questão da justiça<sup>127</sup>.

AUDARD (1989:416) ressalva, entretanto, que o professor se afasta do *modus vivendi* através de uma outra questão, embora isto não fique claro em seu

---

<sup>127</sup> Un *modus vivendi* étant un consensus atteint de facto, a l'avantage de ne faire intervenir ni idéaux ni systèmes de valeurs. De ce point de vue, il est tolérant à l'égard de la pluralité d'opinions qui règnent parmi les citoyens, il n'implique aucun jugement de valeur à leur égard. Rawls montre que, par exemple, chez Hobbes, le fondement du consensus politique sur l'intérêt individuel et la nécessité de la survie est purement pragmatique et ne fait intervenir aucune doctrine métaphysique. Il est la seule chose à faire, étant donné le sectarisme et les conflits d'intérêts qui règnent dans la société de son temps. Donc, le *modus vivendi* serait un bon candidat pour fonder le consensus politique dans une société pluraliste et conflictuelle, c'est-à-dire constituée d'individus uniquement centrés sur eux-mêmes, comme autant d'empires dans un empire, ne consentant à la coexistence pacifique que dans la mesure où et aussi longtemps que cela sert leurs intérêts du moment. (...) La raison essentielle en est que le consensus recherché par Rawls doit posséder une stabilité psychologique qu'aucun *modus vivendi* ne saurait avoir. Les individus dans la société rawlsienne sont mus par leurs intérêts individuels, mais également par un intérêt d'ordre plus élevé, à savoir le bien que, représente la coopération sociale. Si ces deux séries d'intérêts n'existaient pas, la question de la justice ne se poserait pas.

trabalho. Trata-se da preocupação de RAWLS referente à democracia constitucional:

Pode-se dizer, esquematicamente, que a questão da justiça está efetivamente ausente enquanto debate, das sociedades totalitárias, em que são negados os conflitos legítimos de interesses, e das sociedades ultraliberais, em que a convergência dos interesses é contingente e instável. Uma sociedade democrática se reconhece, ao contrário, pelo fato de os cidadãos serem atingidos pela *estabilidade* dessa convergência, porque eles sabem que seus interesses individuais dependem dela. Em outras palavras, mesmo para seres centrados em si mesmos, o bem comum é objeto de interesse<sup>128</sup>.

De fato, não parece desnecessário lembrar que a preocupação com a democracia é uma das marcas do “RAWLS político”.<sup>129</sup> Fica claro, assim, por que o autor procura afastar o *modus vivendi* (ainda que se possa criticá-lo por não ter muito sucesso) e preocupa-se em demonstrar que um consenso bem mais profundo<sup>130</sup> é possível e necessário de modo que a estabilidade não acabe permanentemente abalada. Trata-se de

---

<sup>128</sup> *On peut dire schématiquement que la question de la justice est effectivement absente, en tant que débat, des sociétés totalitaires o la convergence des intérêts est contingente et instable. Une société démocratique se reconnaît, au contraire, à ce que les citoyens sont concernés par la stabilité de cette convergence parce qu'ils savent que leurs intérêts individuels en dépendent. En d'autres termes, même pour des êtres centrés sur eux-mêmes, le bien commun est l'objet d'un intérêt.*

<sup>129</sup> Aparece aqui, ainda que indiretamente, uma tentativa de resposta de RAWLS aos comunitaristas. Tal como demonstra AUDARD (1989: 412): *Tout d'abord, il rappelle avec de plus en plus de netteté que sa théorie ne cherche pas à s'appliquer à n'importe quel contexte politique et social, comme son vocabulaire universaliste aurait pu le laisser croire, mais est circonscrite aux sociétés démocratiques libérales contemporaines, c'est-à-dire agnostiques, séculières, individualistes, liées à l'expansion de l'économie de marché et au mode de gouvernement constitutionnel. Ces sociétés sont déjà basées sur un certain consensus politique, malgré les reproches d'anomie sociale qui leur ont été souvent adressés, et la pluralité des points de vue y est, malgré tout, limitée par l'histoire et la culture. La tâche de la théorie de la justice est 'd'unifier en une doctrine cohérente les bases d'accord plus profondes qui sont enracinées dans la culture politique publique d'un régime démocratique'. C'est parce qu'il n'est point nécessaire de créer des bases nouvelles pour ce consensus, mais seulement d'approfondir et de mieux comprendre cette culture politique publique, que Rawls récuse l'accusation de non-respect du pluralisme.*

<sup>130</sup> RAWLS observa que é possível também a existência de um *constitutional consensus* como alternativa intermediária entre o *modus vivendi* e o *overlapping consensus*. Essa questão, entretanto, por dizer respeito diretamente ao tema do presente trabalho será deliberadamente suprimida desta parte para ser abordada no próximo capítulo. O mesmo irá ocorrer, pode-se adiantar, com a idéia de razão pública.

procurar uma via intermediária adaptada a uma sociedade que ainda não esteja tão dilacerada pelos conflitos que *Uma Teoria da justiça* não pudesse ajudar, mas que também não é homogênea, em que as diferenças entre os indivíduos, pois, são reais, e em que as escolhas políticas de base ainda não estejam feitas.(...) Não se trata de impor uma doutrina particular, uma ideologia, mas de encontrar uma similitude entre as doutrinas diferentes tendo o mesmo fundo histórico e cultural e que poderiam assim constituir uma plataforma comum. O problema é, pois, de afinar as noções de pluralismo, neutralidade e consenso, para mostrar que uma via intermediária é possível, mesmo se o preço for o de ficar 'filosoficamente superficial' (AUDARD, 1989: 412-413)<sup>131</sup>.

Absolutamente consciente dos riscos que corre, RAWLS propõe então o *overlapping consensus of reasonable comprehensive doctrine* (RAWLS, 1996: 134). Esse seria algo similar a uma *agenda política mínima (princípios da justiça)* (OLIVEIRA, 2000:162) que teria as seguintes características: seu objeto é uma concepção política da justiça, não é realizado por indivíduos, mas por doutrinas compreensivas razoáveis (aquelas que não comprometem o poder moral dos indivíduos), sendo consenso que, além de poder ser subscrito por várias e diversas concepções razoáveis, cada uma delas pode aderir através de suas próprias razões (RAWLS, 1996: 144-149).<sup>132</sup>

O que importa, neste momento, é saber se, dadas as características do *overlapping consensus*, ele poderia resolver o problema da estabilidade. SILVEIRA (1998: 351-352) afirma, com muita propriedade, que o próprio RAWLS reconhece quão difícil é a possibilidade de se estabelecer um *overlapping*

<sup>131</sup> *Il faut chercher cette voie moyenne adaptée à une société qui n'est pas encore complètement déchirée par des conflits au point qu'une théorie de la justice ne saurait y être d'aucun secours, mais qui n'est pas non plus homogène, donc où les différences entre les individus sont réelles et où les choix politiques de base ne sont pas déjà faits. (...) Il ne s'agit pas d'imposer une doctrine particulière, une idéologie, mais de trouver une similitude entre des doctrines différentes ayant le même arrièreplan historique et culturel et qui pourraient ainsi constituer une plate-forme commune. Le problème est donc pour lui d'affiner les notions de pluralisme, de neutralité et de consensus pour montrer qu'une voie moyenne est possible, même au prix de rester 'philosophiquement superficiel'.*

<sup>132</sup> AUDARD (1989: 417) faz um alerta: a estas características deve-se somar um pressuposto importante – *une conception politique de la personne comme libre et égale aux autres. Elle est libre au sens où elle est capable d'avoir une conception de son bien indépendamment des systèmes de valeurs dominants. Pour conséquent, elle peut en changer et faire des erreurs de jugement, ce qui nécessite la liberté de conscience et de pensée comme condition de réalisation et de développement de cette faculté. (...) Elle est égale aux autres au sens où, premièrement, elle est capable de raisonner comme les autres, donc d'être rationnelle et d'avoir une conception de son*

consensus. Para que isso possa ocorrer, seria preciso uma sociedade que reunisse determinadas características, além do fato do pluralismo (que é o pressuposto), tais como a noção clara de que a unidade somente pode ser atingida pelo uso do poder, ter a sua disposição condições materiais (econômicas, tecnológicas e administrativas) favoráveis e, finalmente, uma sociedade na qual a ampla maioria dos indivíduos aderisse às instituições de forma livre e voluntária. Para o autor, essas condições estão reunidas numa sociedade democrática como a americana. Esse tipo de postura gerou novas críticas e depoimentos rancorosos sobre a impossibilidade de considerar a obra de RAWLS no terceiro mundo, onde a cultura democrática é ainda bastante incerta e incipiente. É uma questão que pode conter, inclusive, um consenso constitucional. Ela será abordada no final do próximo capítulo.

Antes, contudo, de encerrar esta parte, há que ressaltar que, além de tentar oferecer a base para a obtenção da estabilidade nas sociedades de cultura democrática, o *overlapping consensus* tem outra função relevante na obra do filósofo de Harvard. Trata-se de um conceito que deveria também dar conta das críticas que o autor recebeu devido à supressão da política ou do conceito de político de sua obra (ver item 3.1. deste capítulo). Essa é a primeira ressalva a ser levantada, então, aos motivos que levaram vários críticos de seu trabalho a dizer que ele teria suprimido completamente a política.

Um esboço de resposta pode ser obtido na introdução feita por AUDARD (2000: XIII) ao *Justiça e Democracia* de RAWLS, em que afirma:

Há um mal entendido no uso do conceito do político de RAWLS. (...) A questão que deve ser levantada é se o autor faz desaparecer o conceito do político ou tenta adaptá-lo ao que chama fato do pluralismo –que também pode ser denominado multiculturalismo. [isto não suprime o político mas quer dizer que] RAWLS torna-se cada vez menos europeu e passa a responder de acordo com o papel que o filósofo político tem nos EUA.

De fato, parece que o problema apontado acima por AUDARD (2000) como apenas um primeiro momento é, efetivamente, uma inadequação entre o que

---

*bien, d'être raisonnable et d'avoir un sens de la justice et, deuxièmement, où elle est capable de*

se entende por conceito de político nos EUA e, o que se entende como tal em outros lugares, como a França, a Alemanha e até o Brasil. Ainda conforme a autora francesa:

Se vista da França ou da Alemanha, a filosofia política anglo-norte-americana é freqüentemente incompreendida, talvez seja porque a julgam em nome de um conceito político que não é nem nunca foi o seu, em razão de seu contexto histórico e institucional. De fato, quando se viveu mais de dois séculos de constitucionalismo, não se pode compartilhar o mesmo conceito do político da França ou da Alemanha. Isso seria absurdo. Eis por que se pode chegar a se perguntar se a democracia liberal não seria um tipo de organização política em que a própria filosofia política mudaria de sentido, perderia em parte a carga emocional e trágica, suas raízes teológicas, tornar-se-ia prosaicamente uma análise dos valores vigentes na vida pública, empregando os termos da moral ordinária, de um 'sentido' intuitivo da justiça, por exemplo (AUDARD, 2000: XVIII).

Com efeito, embora não se possa desconsiderar a estreiteza com que RAWLS trata o conceito de político, também não se pode aceitar a acusação que SCHMITT<sup>133</sup> faz ao liberalismo em geral de ter suprimido o político (reduzindo-o, tal como se viu no Capítulo II, a uma mera decisão política de quem detém o poder em determinado momento histórico) para, assim, ocultar a dominação. Ocorre, entretanto, o que passa despercebido para muitos (e outros tantos, como os comunitaristas, insistem em não notar) que RAWLS dá então ao termo 'político' um sentido diferente, correspondente a uma concepção da filosofia política que é, ela própria, modificada. O lugar da filosofia já não pode consistir em fornecer uma legitimação da autoridade política por um discurso normativo que justificaria o recurso à violência ou o ataque às liberdades individuais quando a comunidade parece ameaçada, assim como não consiste na procura de uma solução de substituição desse discurso de legitimação (ARDAUD, 2000:

---

*coopérer avec les autres et de respecter comme eux les termes de la coopération.*

<sup>133</sup> Devem-se notar, neste momento, as importantes considerações que AUDARD (2000) efetua numa tentativa paradoxal de aproximar e distanciar RAWLS e SCHMITT –tomando este como o crítico mais mordaz do liberalismo e que denunciou a violência e a opressão que o liberalismo exerceu historicamente, em sua opinião, tentando comprovar que o público/político criou-se para proteger o privado.

XVI).<sup>134</sup> Pode-se sustentar, então, que o político para o autor tem outro sentido: o da legitimidade.

Parece realmente ser este o sentido que RAWLS (1996: 136-137) atribui ao político e, em especial, ao exercício do poder político: o espaço (ou o poder, como se desejar) de caracterização desse poder que possuem os indivíduos livres e iguais. De acordo com os cânones liberais, para que seja legítimo, precisa ser justificado perante os outros cidadãos através de uma Constituição, porque, em um regime constitucional, a principal característica da relação política consiste em que o poder político é, em última instância, o poder do público, isto é, o poder dos cidadãos livres e iguais, enquanto corpo coletivo. Ninguém melhor que o próprio RAWLS (1996: 140) para pôr um ponto final ao assunto:

Em conjunto, esses valores [constitucionalismo e legitimidade] expressam o ideal político liberal segundo o qual, como o poder político é o poder coercitivo de cidadãos livres e iguais enquanto corpo coletivo, esse poder somente pode ser exercido quando os elementos constitucionais e as questões básicas de justiça estão em jogo, de forma que possa ser subscrito por todos os cidadãos, a luz de sua razão comum. O *Liberalismo Político*, portanto, procura apresentar uma visão desses valores como aqueles de domínio especial –o político– e, em consequência disso, como uma visão que se sustenta por si mesma. Cabe aos cidadãos individualmente (sendo esta uma parte importante da liberdade de consciência) estabelecer a forma pela qual os valores do político se relacionam com as outras teorias abrangentes. (...) Esperamos que, ao fazer isso, possamos, na prática política de fato, fundamentar os elementos constitucionais essenciais e as instituições básicas da justiça unicamente em valores políticos, compreendendo-se esse valores como a base da razão e da justificação pública<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> Um dos grandes problemas tem sido a incompreensão gerada pelo conceito de político de RAWLS, do que é político. Segundo as críticas mais frequentes, parece que o conceito de político foi abolido do liberalismo em geral e da obra de RAWLS em particular. Tal crítica provém de SCHMITT que acusa o liberalismo de eclodir o Estado –e a política– e reduzir o poder à concorrência de mercado. Entretanto, é preciso olhar com certo vagar para perceber que na obra de RAWLS não é bem assim.

<sup>135</sup> *Together these values Express to the liberal political ideal that since political power is the coercive power of free and equal citizens as a corporate body, this power should be exercised, when constitutional essentials and basic questions of justice are at stake, only in ways that all citizens can reasonably be expected to endorse in the light of their common human reason. Political liberalism tries, then, to present an account of these values as those of a special domain – the politic – and hence as a freestanding view. It is left to citizens individually –as part of liberty of conscience – to settle how they think the values of the political domain are related to other values in their comprehensive doctrine. For we always assume that citizens have two views, a comprehensive and a political view; and that their overall view can be divided into two parts, suitably related. We hope that by doing this we can in working political practice ground the*

Não resta dúvida de que o conceito do político de RAWLS é restrito, mas desde que sustentado na força de Constituição, oferece bases excelentes para a Teoria Constitucional, tal como pretendemos comprovar.

### 3.3.3 Limitações à idéia de posição original e a questão da autonomia kantiana: a crítica de Jürgen HABERMAS à obra de RAWLS

O filósofo alemão Jürgen HABERMAS estabelece uma crítica importante à obra de RAWLS que deve ser examinada. RAWLS efetivamente sentiu duramente o “ataque”, o que o levou a reescrever o seu *Liberalismo Político* e reelaborar sua teoria, trabalho que durou aparentemente dois anos ( VALLESPÍN, 1998: 9-10). Essa crítica efetuada por HABERMAS amadurece na discussão pontual sobre o retorno do direito racional e a importância do dever-ser nas ciências sociais, a partir da década de 70, na obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade* (1997: 83 e ss.). O assunto é retomado por HABERMAS, com contornos mais definidos, no texto *Reconciliação mediante o uso público da razão* (originalmente de 1996), direcionado especificamente ao *Liberalismo Político*, ao qual se segue uma réplica de RAWLS. A questão aqui é tão somente a determinação da abrangência dessa crítica, a fim de que se possa determinar a origem de algumas alterações fundamentais na segunda grande obra de RAWLS que é o *Liberalismo Político*.

No seu livro sobre teoria do direito, HABERMAS argumenta que as preocupações políticas de RAWLS no livro *Uma Teoria da Justiça* trazem de volta às discussões das ciências sociais o antigo problema de uma sociedade justa, contraposto abstratamente a uma realidade sem razão, onde a única solução moralmente imputável é o caminho reformista da tentativa e erro, percebendo a *constituição da sociedade civil como um momento da realidade da idéia ética*

---

*constitutional essentials and basic institutions of justice soleny in those political values, with these*

(HABERMAS, 1997: 83). HABERMAS sustenta que a teoria rawlsiana estrutura-se em níveis diversos: num primeiro nível, chamado pelo autor alemão de nível de fundamentação, RAWLS trata de estabelecer a justificação normativa de uma sociedade bem ordenada, objetivando a *auto-estabilização de uma sociedade justa através da força socializadora de uma vida sob instituições justas; tal vida aperfeiçoa e, ao mesmo tempo, estabiliza as disposições dos cidadãos para a justiça* (HABERMAS, 1997: 84-85); num segundo nível, o do esclarecimento, RAWLS não quer saber da aplicação de uma teoria tida como válida, mas de como estabelecer, em circunstâncias determinadas, instituições justas, ou seja, *saber como o conceito teórico-normativo da sociedade bem ordenada pode ser situado no contexto de uma cultura política e de uma esfera pública existente, a fim de encontrar factualmente o assentimento de cidadãos dispostos ao entendimento* (HABERMAS, 1997: 85); num terceiro nível, o da propaganda, o filósofo americano parte do fato de que a teoria da justiça tem que se debruçar sobre o contexto social onde a mesma deve se inserir para *explicar como e por que seus enunciados conseguem trazer para o conceito a substância normativa das instituições mais comprovadas de nossa prática cotidiana e das melhores tradições de nossa cultura política* (HABERMAS, 1997: 86).

A existência necessária desses três níveis na teoria de RAWLS não deixa claro, segundo HABERMAS, quais são as relações entre a construção de uma fundamentação teórica de princípios de justiça e a recepção e aplicação desses mesmos princípios pela comunidade jurídica concreta, a qual teria a tarefa de estabelecer suas próprias bases normativas de convivência através desses princípios. A questão radica no fato de que RAWLS não explicita se a auto-estabilização de uma sociedade justa –que tem como fundamento o conceito de *overlapping consensus*– se dá através da aceitação democrática do pluralismo político e cultural das variadas cosmovisões de mundo, ou se o *overlapping consensus* é apenas uma forma de buscar uma reestruturação teórica da idéia de sociedade justa para a reforma prática das instituições sociais existentes (HABERMAS, 1997: 87).

Nesse sentido, a crítica de HABERMAS se define como uma crítica da *Uma Teoria da Justiça* enquanto uma teoria do direito, já que o problema principal da mesma, para o autor alemão, é que ela não consegue estabelecer a relação entre as instituições que dizem respeito à implementação do direito positivo e às suas relações com a teoria política, ou seja, *Rawls concentra-se em questões da legitimidade do direito, sem tematizar a forma do direito enquanto tal, e com isso, a dimensão institucional do direito* (HABERMAS, 1997: 92). A preocupação de RAWLS limitar-se-ia, dessa forma, somente ao grau de aceitação e plausibilidade dos princípios da justiça como equidade em relação às tradições políticas e ao contexto cultural de sociedades contemporâneas pluralistas, no referente ao plano de comunicação pública dessas sociedades. O que a teoria da justiça de RAWLS deixa de fora, não se referindo a isto em nenhum momento, são os processos de decisão realmente institucionalizados, nem às tendências de desenvolvimento políticas e sociais [sic] que possivelmente se contrapõem aos princípios do Estado de direito, transformando em ironia as instituições da sociedade bem ordenada (HABERMAS, 1997: 93).

O direito racional estabelecido pela filosofia de HEGEL, além de tomar como ponto de partida a diferenciação entre moral e direito, elenca como preocupação necessária a tensão entre facticidade e validade, ou seja, o estabelecimento ou identificação de um nexos linear entre essas duas realidades, entre a eficácia (facticidade) dos processos políticos e o arranjo comunicativo dos processos democráticos de autocompreensão do Estado de direito (validade). Esta tarefa –que HABERMAS propõe para si mesmo– não é realizada por RAWLS, já que o mesmo não se dispôs, em sua teoria, à descrição crítica dos processos políticos identificáveis na realidade social, capazes de promover uma reconstrução do desenvolvimento do Estado de direito de sociedades concretas, isto é, faltou à *Uma Teoria da Justiça*, de RAWLS, enquanto uma teoria do direito, *uma reconstrução normativa do Estado de direito e de sua base social* (HABERMAS, 1997: 93).

Já no texto *Reconciliação mediante o uso público da razão* (1998), HABERMAS identifica como ponto de partida da obra de RAWLS a leitura

intersubjetiva do conceito kantiano de autonomia, em oposição ao utilitarismo e ao ceticismo valorativo, leitura essa que permitir ao autor inglês, segundo HABERMAS, a explicação diferenciada (em relação a KANT) da autonomia política de cidadãos razoavelmente interessados na constituição de um Estado democrático de direito (HABERMAS, 1998: 41). A crítica de HABERMAS seria, assim, uma crítica familiar –de alguém que mantém admiração pelo projeto rawlsiano, compartilha com sua intenção e considera seus resultados essenciais como corretos–, imanente, construtiva e voltada especificamente para a questão de saber se RAWLS consegue fazer valer suas corretas e importantes definições normativas (HABERMAS, 1998: 42). É uma crítica, em resumo, que aponta mais para objeções referentes a alguns aspectos da realização do projeto, do que para o projeto como um todo.

Nesse sentido, HABERMAS centra sua análise em três aspectos distintos da realização do projeto de implementação de uma autonomia de raízes kantianas: em *primeiro lugar*, aponta o fato de que tem dúvidas sobre se o conceito de posição original assegura e explicita adequadamente a idéia de um juízo imparcial de princípios de justiça entendidos deontologicamente. Aduz, assim, a questão de que a posição original constitui-se a partir de um desenho teórico-decisionista que atribui aos partidos a tomada de decisões representativas de uma ordem moral individual, a qual encontra-se anteriormente eliminada nos próprios indivíduos, já que os mesmos estão vinculados a uma posição original na qual são despidos do sentido próprio de justiça e da concepção pessoal de bem.

HABERMAS argumenta que RAWLS pode ampliar sua concepção de posição original e resolver o problema, mas, com isso, perderia a característica mais marcante de sua teoria que é a divisão entre a racionalidade de eleição subjetiva e as apropriações das limitações objetivas, divisão esta que permite que sujeitos auto-interessados consigam realizar, não obstante, decisões racionais (morais) (HABERMAS, 1998: 45-7). A identificação de direitos a bens aos quais se aspira individualmente leva, por outro lado, à noção de justiça vinculada a uma ética de bens, mais próxima do utilitarismo e dos enfoques aristotélicos, do que de uma idéia de teoria do direito de corte kantiano, vinculada à idéia de autonomia. A

idéia de direitos sendo distribuídos –e não exercidos–, idéia que subsidia a construção da autonomia cidadã e a noção de justiça, é que contribui para a perda do sentido deontológico dos princípios de justiça, já que os direitos passam a ser possuídos como coisas (HABERMAS, 1998: 47-8). RAWLS supera parcialmente este problema quando responde à crítica de H. L. HART, colocando que só podem ser reconhecidos *como bens básicos aqueles bens sociais que são apropriados para os planos de vida e para o desenvolvimento das capacidades morais dos cidadãos* enquanto pessoas livres e iguais (HABERMAS, 1998: 50),<sup>136</sup> incorporando, assim, o valor equitativo da liberdade enquanto primeiro princípio. Essa afirmação contradiz a idéia inicial, estabelecendo uma diferença ontológica entre direitos e bens.

O valor equitativo de liberdades iguais passa a ser medido pela satisfação de questões fáticas, que possibilitam o exercício em igualdade de oportunidades dos direitos. Com essa nova perspectiva, somente os direitos, e não mais os bens, podem ser assim classificados. Para HABERMAS, em resumo, RAWLS poderia eliminar os problemas apontados na sua noção de posição original, se operacionalizasse *de outro modo o ponto de vista moral e liberasse de conotações substanciais o conceito procedimental da razão prática, isto é, se o desenvolvesse consequentemente de modo procedimental* (HABERMAS, 1998: 51).<sup>137</sup>

Em *segundo lugar*, considera que RAWLS deveria separar as questões de fundamentação das de aceitação de forma mais rigorosa, já que a neutralidade possível de sua concepção de justiça não deve se sobrepor à validade cognitiva de sua teoria como um todo. Isso quer dizer que, por conta da inquietude rawlsiana

---

<sup>136</sup> Rawls reconhece como bienes básicos solamente aquellos bienes sociales que son apropiados para los planes de vida y el desarrollo de las capacidades morales de los ciudadanos en tanto que personas libres e iguales.

<sup>137</sup> de otro modo el punto de vista moral y liberara de connotaciones sustanciales el concepto procedimental de razón práctica, esto es, si lo desarrollara consecuentemente de modo procedimental. HABERMAS aponta também o fato de que a existência preliminar do véu de ignorância, ao privar inicialmente as partes de seu campo de visão no que respeita a interesses ou valores que pudessem prejudicar a imparcialidade, colabora para aumentar indevidamente a carga de prova. Os juízos normativos inicialmente aceitos como válidos para passar incólumes pela imposição do véu da ignorância, pelo fato de ajudarem no estabelecimento posterior de uma sociedade justa, acabam por necessariamente cristalizar-se, desde o começo, não sendo possível sua posterior substituição ou deslocamento por conta de processos novos de aprendizagem. (HABERMAS, 1998: 53-4).

sobre o pluralismo das concepções de mundo, é acentuado o caráter político da *justiça como equidade*. Para HABERMAS, o procedimento de fundamentação dos princípios superiores de justiça dependerá, assim, de intuições e conceitos básicos que conformam a constituição da posição original, sendo que as negociações necessárias para a constituição do véu de ignorância ficam em segundo plano (HABERMAS, 1998: 54). Seguindo essa linha de raciocínio, faz-se necessário introduzir no procedimento de fundamentação *conteúdos normativos*, especialmente aqueles que RAWLS relaciona com o conceito de pessoa moral. Assim, HABERMAS (1998: 54-55) afirma que

o conceito de pessoa moral, que inclui também o conceito de colaboração equitativa entre cidadãos politicamente autônomos, precisa *também* de uma fundamentação *prévia*. Ademais, há que mostrar que esta concepção é neutra em relação às concepções do mundo e que permanece incontrovertida sob a supressão do véu de ignorância. Daí se explica o interesse de Rawls numa concepção “política” –e não metafísica– de justiça<sup>138</sup>.

HABERMAS identifica por trás dessa terminologia uma falta de clareza em relação ao caráter da necessidade de fundamentação e, conseqüentemente, aponta uma dúvida sobre o entendimento da pretensão de validade da própria teoria. A estabilidade de uma sociedade ordenada por princípios de justiça aparece como o elemento nuclear da argumentação habermasiana. O conceito neutro de pessoa, no qual a teoria se apoia radicalmente, deve conviver com as variadas doutrinas interpretativas e as diferentes concepções de mundo, sem que perca sua capacidade de gerar resultados práticos, proporcionando o *overlapping consensus*. A questão é que a prova de aceitabilidade da teoria “política” de justiça radica, para HABERMAS, internalizada na própria teoria. Assim, HABERMAS (1998: 58) aponta que *uma compreensão meramente instrumental da teoria fracassa já pelo mero fato de que os cidadãos têm que convencer-se da concepção da justiça proposta antes que se possa produzir um tal consenso. Este não tem que ser*

<sup>138</sup> El concepto de persona moral, que incluye también el concepto de colaboración equitativa entre ciudadanos políticamente autónomos, precisa también una fundamentación *prévia*. Además, hay que mostrar que esta concepción es neutral en relación a las concepciones del mundo y que permanece incontrovertida tras la supresión del velo de ignorancia. De ahí se explica el interés de Rawls en una concepción “política” –y no metafísica– de la justicia.

“político” de modo equivocado, não tem que levar meramente a um *modus vivendi*. A teoria mesma [é que] tem que estabelecer as premissas.<sup>139</sup>

HABERMAS coloca então, a questão da não utilização do predicado “verdadeiro” no reconhecimento efetivo das premissas necessárias ao acordo sobre os pontos fundamentais da justiça política. Ao substituir o predicado “verdadeiro” pelo “razoável”, RAWLS parece querer assegurar às afirmações normativas –a teoria da justiça em conjunto– um certo caráter vinculante apoiado em um reconhecimento intersubjetivo fundado, sem conceder-lhe um sentido epistêmico (HABERMAS, 1998: 59).<sup>140</sup> O razoável de RAWLS parece poder ser visto por esta perspectiva, segundo HABERMAS, como sendo uma satisfação de uma pretensão de validade das afirmações normativas realizada, na prática, de forma discursiva. O fato de RAWLS não querer dar este caráter discursivo à razoabilidade do *overlapping consensus* é que HABERMAS considera equivocado, exatamente por permitir que as cosmovisões sejam consideradas verdadeiras não no sentido semântico-discursivo, mas no sentido material, normativamente vinculante (HABERMAS, 1998: 62).

Para HABERMAS, RAWLS evita a aceitação de uma moral profana – independente de cosmovisões de mundo– livre de predeterminações estabelecidas por convicções ou doutrinas metafísicas ou religiosas. A liberdade de religião e de crença fica, assim, limitada pelo fato de RAWLS não considerar a possibilidade de uma moral aquém da religião e da metafísica na construção do *overlapping consensus* (HABERMAS, 1998: 64).

Em terceiro e último lugar, HABERMAS considera inadequada a colocação dos direitos básicos liberais sobre o princípio democrático de legitimação, o que seria uma consequência indesejada, mas previsível, especialmente por conta da divisão rígida entre identidade política e identidade

<sup>139</sup> Una comprensión meramente instrumental de la teoría fracasa ya por el mero hecho de que los ciudadanos tienen que convencerse de la concepción de la justicia propuesta antes de que pueda producirse un tal consenso. Éste no tiene que ser “político” del modo equivocado, no tiene que llevar meramente a un *modus vivendi*. La teoría misma [es que] tiene que aportar las premisas.

<sup>140</sup> Rawls quiere asegurar a las afirmaciones normativas –y la teoría de la justicia en conjunto– un cierto carácter vinculante apoyado en un reconocimiento intersubjetivo fundado, sin concederle un sentido epistêmico.

não pública dos cidadãos. Na verdade, aqui se coloca, mais uma vez, a questão da reinterpretação da idéia de autonomia kantiana por RAWLS. Para o filósofo alemão, RAWLS não consegue alcançar o intento de harmonizar a liberdade dos modernos com a liberdade dos antigos pelo fato de restringir a idéia de autonomia de ROUSSEAU e KANT.<sup>141</sup> Para estes últimos, a raiz da autonomia moral e da autonomia política é uma só, já que os direitos liberais (liberdade de crença, de consciência, de proteção à vida e à propriedade, em suma, a “liberdade dos modernos”) não podem limitar o exercício público da razão, isto é, a realização da prática de autodeterminação, estabelecida pela construção constante do processo democrático de questionamento político da realização efetiva dos direitos (a “liberdade dos antigos”) (HABERMAS, 1998: 66-67).

HABERMAS acredita, em suma, que o fato de RAWLS ter vinculado a idéia de autonomia política à posição original, gera a impossibilidade da rediscussão constante das instituições sociais, quando as mesmas são juridicizadas e quando o véu de ignorância é retirado, tornando os cidadãos efetivamente de carne e osso (HABERMAS, 1998: 66). Estes últimos, numa situação político-institucional concreta, e por conta das amarras valorativas anteriores produzidas pelo *overlapping consensus*, seriam submetidos a uma ordem hierárquica e burocratizada das instituições que estaria legitimada pelo fato de que já existiria, desde a fundação do Estado democrático, uma sociedade ordenada de modo justo. Assim,

O processo de realização dos direitos não pode nem precisa ser questionado a longo prazo. Os cidadãos não podem experimentar este processo –tal como exigiriam, entretanto, as mutantes condições históricas–, como um processo aberto e inconcluso. Não podem reiniciar a ignição do núcleo radical democrático da posição original na vida real de sua sociedade, pois desde sua perspectiva, todos os discursos *essenciais* de legitimação já tiveram lugar no seio da teoria; e os resultados dos debates teóricos se encontram já sedimentados na constituição. Já que os cidadãos não podem compreender a constituição enquanto projeto, o uso público da razão não tem propriamente o sentido de um exercício

---

<sup>141</sup> Ver o Capítulo I, nesse sentido.

atual de autonomia política, mas somente servindo à pacífica manutenção da estabilidade política<sup>142</sup>.

HABERMAS acusa RAWLS, por fim, de constituir uma teoria em termos bastante modestos, por se limitar aos aspectos procedimentais do uso público da razão, ou seja, ao processo que poderia formar racionalmente uma opinião e uma vontade, desenvolvendo a idéia de direitos a partir de sua institucionalização jurídica e não permitindo ver o processo democrático como um processo reconstrutivo, mas somente de construção fundante. HABERMAS vê, portanto, a necessidade de se assumir, no campo da filosofia política, a imodéstia diletante capaz de abandonar o 'método de evitação' de questões disciplinares de fundo. Esse 'método' possibilita a constituição de um sistema fechado digno de admiração, mas absoluta e continuamente dependente das disputas dos conceitos de racionalidade e de verdade (HABERMAS, 1998: 71).

---

<sup>142</sup> *El proceso de realización de los derechos no puede ni precisa ser cuestionado a largo plazo. Los ciudadanos no pueden experimentar este proceso, tal como exigirían sin embargo las cambiantes condiciones históricas, como un proceso abierto e inconcluso. No pueden reiniciar la ignición del núcleo radical democrático de la posición originaria en la vida real de su sociedad, pues desde su perspectiva todos los discursos de legitimación esenciales han tenido lugar en el seno de la teoría; y los resultados de los debates teóricos se encuentran ya sedimentados en la constitución. Puesto que los ciudadanos no pueden comprender la constitución en tanto que proyecto, el uso público de la razón no tiene propiamente el sentido de una ejercitación actual de la autonomía política, sino que solamente sirve al pacífico mantenimiento de la estabilidad política.*

## CAPÍTULO IV – A TEORIA CONSTITUCIONAL DE JOHN RAWLS: ELEMENTOS DISTINTIVOS, COMPREENSÃO METODOLÓGICA E PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES

### 4.1 ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS NA OBRA DE JOHN RAWLS: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS

Neste capítulo derradeiro, pretende-se dar vazão à Teoria Constitucional de RAWLS. Até aqui foram levantados diversos elementos, tanto de filosofia constitucional, quanto de Teoria Constitucional e, ainda, o *constructo* do filósofo americano, com o objetivo de viabilizar a representação do sistema teórico desse estudioso como uma Teoria da Constituição. Para atingir esse objetivo, torna-se necessário, então, efetuar as primeiras aproximações conceituais entre o discurso constitucional e a obra de RAWLS, com a finalidade metodológica de comprovar a hipótese inicial desta tese, qual seja, a idéia intuitiva (para usar um termo do aparelho conceitual rawlsiano) de que os elementos de justiça e até mesmo constitucionais são suficientes para entender a *justiça como equidade* como uma Teoria Constitucional, com valiosas colaborações ao constitucionalismo democrático.

A caracterização da obra de RAWLS como uma Teoria Constitucional exige alguns questionamentos: para se comprovar a hipótese central que move este trabalho seria necessária a presença, na obra do autor, de todos os elementos que compõem o âmbito material da Teoria da Constituição? Bastariam alguns deles? O conceito de Constituição e direitos fundamentais (ainda que não seja essa a terminologia usada pelo autor) já seriam suficientes para caracterizar sua obra como uma Teoria Constitucional?

Para se responder a essas perguntas há que recordar o que foi dito no início do Capítulo II: a abrangência de um âmbito material em seara constitucional é sempre de natureza contingente –tanto no tempo quanto no espaço. Da mesma maneira, como se espera que tenha sido esclarecido naquele momento, mesmo os principais autores omitem<sup>1</sup> algumas dessas questões. O que caracteriza a presença da Teoria Constitucional em um sistema lógico-abstrato (que tanto pode ser erguido exclusivamente para elucidar problemas constitucionais como para outros esclarecimentos, visando somente de forma indireta à Constituição) é um elemento mais teleológico que ontológico e passa pela idéia de relacionar a normatividade subjacente a qualquer sociedade e a consolidação de um Estado de Direito ou, mais especificamente, com a democracia constitucional.<sup>2</sup>

Como viabilizar esta tarefa inicial? Tomando-se como referência o âmbito material da Constituição (cujos limites e justificativa constam do Capítulo II)<sup>3</sup> e, ainda, de elementos de filosofia constitucional, pretende-se estabelecer se, além de enunciados na obra do autor, tais elementos são definidos de forma criativa e consistente. No mesmo item inicial, tratar-se-á das idéias de justiça procedimental pura, bem como de justiça procedimental perfeita e imperfeita, para apurar qual o sentido que o autor atribui à concepção processual da Constituição e, sobretudo, se a idéia de processualidade constitucional reafirma, de forma substancial, o conceito de Constituição justa e se, de certa forma, fornece alguns elementos para a sua consecução.

---

<sup>1</sup> Os ‘marcos teóricos e políticos’ da Teoria Constitucional, por isso mesmo, foram tratados no capítulo destinado à caracterização da Teoria da Constituição.

<sup>2</sup> Com efeito, mesmo em autores como JELLINEK ou KELSEN, cuja maior preocupação foi a procura de uma neutralidade científica na abordagem da teoria do direito, encontra-se subjacente à Teoria Material da Constituição e à Teoria Formal da Constituição, uma clara preocupação com a construção da democracia liberal (o debate com SCHMITT, entre outras questões, expressa isso de forma transparente), tal como já foi demonstrado. Mesmo o fato de que se possa criticar politicamente essas tentativas, não invalida o fato de que foi a procura pela consolidação da democracia constitucional que moveu boa parte da obra de ambos.

<sup>3</sup> A título de recordação: conceito e significado de constituição, poder constituinte e reforma da Constituição, organização e limitação do poder político, validade e eficácia das normas constitucionais, controle de constitucionalidade, interpretação constitucional e direitos fundamentais.

#### 4.1.1 A formação do pensamento constitucional segundo John RAWLS: origem histórica e elementos constitucionais essenciais

No Capítulo I desta tese, procurou-se oferecer um amplo espectro da origem histórica e teórica da Constituição, com o intuito de situar a idéia daquilo que, a partir de SIEYÈS, viria a ser considerado como o paradigma da Constituição liberal. Tal como se viu, essa compreensão começa a ser delineada ainda na antigüidade, mesmo que de forma muito indireta por ARISTÓTELES,<sup>4</sup> e de forma mais objetiva pelo jurista romano CÍCERO.<sup>5</sup> Sempre de acordo com as referências históricas já levantadas no Capítulo I, deve-se lembrar, entretanto, que as bases fundacionais propriamente ditas do pensamento constitucional, com o sentido que assumirá na atualidade, foram lançadas na Idade Média, pois é naquele momento histórico que se situa a fonte do constitucionalismo como técnica de controle do poder, através da limitação do *gubernaculum* pela *iurisdictio*.<sup>6</sup>

Por outro lado, vale mencionar o fato de que a idéia originária de Constituição tem também um forte impulso teórico e político. Este último verificou-se com o aparecimento do liberalismo, que se apropria dos termos do constitucionalismo, para tomá-lo como técnica jurídica de garantia da liberdade.

---

<sup>4</sup> Como se sabe, o objetivo precípua que move o constitucionalismo liberal é a idéia da tentativa de limitação do poder através da instituição de mecanismos de controle do poder do Estado, notadamente através da afirmação de um sistema de direitos fundamentais que tem no cerne a defesa do indivíduo. Nesse sentido, é evidente que ARISTÓTELES nada teria a dizer ao constitucionalismo moderno; entretanto, deve-se recordar que, ao estipular que uma Constituição deve representar a ordem natural da Polis e, somente se isso ocorrer, ela será justa, acaba por atribuir à Constituição a função de organização do poder político e (há que se ler isto com muito cuidado) restringi-lo. Neste momento, contudo, é preciso esclarecer que as relações entre RAWLS e ARISTÓTELES são bem mais amplas do que se poderia ler a partir desta observação, mas elas serão melhor constatadas quando da análise da filiação epistemológica do constitucionalismo de RAWLS.

<sup>5</sup> De fato, neste trabalho, atribui-se ao autor romano a prerrogativa de ter lançado as bases do constitucionalismo moderno, pois, pela primeira vez na ainda incipiente história constitucional, a Constituição funda-se em uma escolha racional, levada a termo pelo povo, para sustentar a organização política do Estado.

<sup>6</sup> RAWLS não faz uma referência expressa a essas categorias, mas é 'categórico' ao afirmar que a origem do constitucionalismo encontra-se nos conflitos religiosos que buscavam a tolerância

Surgem, concomitantemente, importantes contribuições teóricas: o tratado de HOBBS –através da inserção, no debate político moderno, da noção de contrato e da jurisdicização da idéia de justiça; e a obra de LOCKE (muito mais especialmente) por ter responsabilizado o Estado pela proteção da liberdade e igualdade naturais, mas, principalmente, por ter formulado, pela primeira vez na história do pensamento constitucional, a existência de uma hierarquia vertical entre o poder de fazer a Constituição e os poderes que ela cria. Conclui-se, portanto, que, para a Teoria Constitucional, o conceito atual de Constituição é descendente direto da procura política pela garantia jurídica da liberdade como bem superior, da idéia de contrato como fonte da obrigação política, da idéia dos direitos naturais e, finalmente, da compreensão de que é ao povo que cabe fazer a Constituição.

Antes de prosseguir, faz-se necessário confirmar o axioma inicial desta pesquisa: há (ou não), em RAWLS, referências ao constitucionalismo, entendido como requisito político e teórico necessário à possibilidade de formação de uma Teoria Constitucional? A resposta é afirmativa. De fato, na obra do professor americano, encontram-se elementos suficientes (tanto de cunho histórico quanto teórico e político) para comprovar a primeira hipótese levantada e, inclusive, a partir dessa constatação, levar a termo este trabalho. Inicia-se então, pelos traços que o autor considera os *cinco princípios constitutivos do constitucionalismo*.

Para RAWLS (1995:220) –deve-se frisar inicialmente – esses elementos essenciais são o resultado de uma longa história de formação do pensamento constitucional, que teve início com a distinção efetuada por LOCKE entre poder constituinte e poder constituído (a). Logo após, RAWLS aponta uma distinção hierárquica entre lei ordinária e lei superior (b); a Constituição democrática como a expressão do povo para governar-se a si mesmo (c); uma Constituição escrita que deve estabelecer os direitos fundamentais (d); e, finalmente, o fato de que o poder mais alto num Estado constitucional não pode pertencer nem ao executivo nem ao Tribunal Superior, deve ser um poder dividido entre os três poderes e

---

religiosa e que, portanto, se viram obrigados a limitar o poder político do soberano. Ver, no Capítulo I, a reconstrução histórica da conformação dessas duas categorias.

controlado pelo povo (e).<sup>7</sup> Ocorre que, para os fins enunciados desta pesquisa, a mera nomeação desses elementos por parte de RAWLS não basta. É imperioso verificar até que ponto estão coerentemente desenvolvidos na *justiça como equidade*. Deve-se iniciar, contudo, pelos aspectos históricos que, embora breves, são bastantes elucidativos.<sup>8</sup> Na opinião de RAWLS, eles dão origem ao constitucionalismo.

Com efeito, para RAWLS (1996: XXV) três fatos marcaram o rompimento com a antigüidade e o surgimento da filosofia moderna e, pode-se dizer, da filosofia constitucional,<sup>9</sup> como espaço de reflexão pública numa sociedade que busca a emancipação. São eles:

O primeiro foi a reforma do século XVI. Este fato causou uma fragmentação da unidade religiosa vigente na Idade Média e levou ao pluralismo religioso, com grandes conseqüências para os séculos posteriores. Isto, por sua vez, estimulou pluralismos de outras espécies, que foram uma característica da cultura no fim do século XVIII. O segundo é o desenvolvimento do Estado moderno, com sua administração central, no início regido por monarcas com grandes poderes, pode-se dizer, até, absolutos. E, se não eram absolutos, tentavam de qualquer maneira ser absolutos, da forma que fosse possível e ainda, que somente cediam parte de seu poder para a aristocracia e a classe ascendente se fossem obrigados a fazê-lo ou fosse conveniente para seus interesses. O terceiro acontecimento histórico é o desenvolvimento da ciência moderna, que começa no século XVII<sup>10</sup>.

Esses aspectos, contudo, não se encontram isolados. Para o autor americano, *têm também uma importância decisiva outras controvérsias, tais como limitar ou não*

<sup>7</sup> Esta tese consiste justamente em verificar em que medida esses elementos não estão meramente nomeados, e sim trabalhados e desenvolvidos apropriadamente por RAWLS, pois somente assim, se poderá considerar a presença ou não de uma Teoria Constitucional. A conceituação desses elementos na obra de RAWLS será feita nos momentos apropriados.

<sup>8</sup> Logo após, serão escrutinados, na obra do autor, os elementos por ele nomeados e outros levantados neste trabalho para dar vazão ao objetivo final.

<sup>9</sup> Para RAWLS isso equivale aos trabalhos de LOCKE, ROUSSEAU, MILL, MONTESQUIEU e KANT, entre outros.

<sup>10</sup> The first interpretation the Reformation the sixteenth century. It fragmented the religious unity of the Middles Ages and led to religious pluralism, with all its consequences for lates centuries. This in turn fostered pluralism of other kinds, which were a permanent feature of culture by the end of eighteenth century. The second is the development of the modern state with enormous if not absolute powers. Or at least by monarchs who tried to be as absolute as they could, only granting a share interpretation power to aristocracy and rising middle classes when they had to, or as suited

*o poder dos monarcas absolutos mediante princípios constitucionais apropriados para tal, que protejam os direitos e as liberdades básicas* (RAWLS, 1996: XXVI).<sup>11</sup> É esse conjunto de fatores que RAWLS considera como a origem histórica do constitucionalismo e da Lei Fundamental.

Para RAWLS (1996: 231), uma Constituição é *a expressão do poder constituinte enquanto poder do povo para estabelecer um novo regime, [e] estabelecer um marco para regular [através de uma Constituição] o poder ordinário*.<sup>12</sup> A partir dessa idéia, o que se quer é saber se o autor usa, em sua teoria, a definição corrente de poder constituinte para justificar a origem e a legitimidade da Constituição ou se lança mão de outros mecanismos, já que seu conceito de poder constituinte o aproxima, sem dúvida, das definições mais usuais sobre a matéria, apresentadas anteriormente neste trabalho.<sup>13</sup>

São duas as formas, então de se apreender teoricamente o fato constituinte. No Capítulo I, faz-se uma importante distinção entre o fato constituinte (o poder de elaborar uma Constituição) e a teoria do poder constituinte ( a possibilidade de discuti-lo em termos de titularidade e principalmente legitimidade). É, portanto, a teoria do poder constituinte de RAWLS –entendida como *Uma Teoria da Justiça* e da legitimidade no exercício do poder político– que é necessário configurar aqui. Retomando rapidamente, o poder constituinte é um poder fundador, ilimitado, de caráter extra-jurídico, cujo fundamento pode ser invocado como justiça e legitimidade (LOCKE e SIEYÈS) ou como decisão concreta do titular do exercício do poder político de constituir-se a si mesmo (SCHMITT).

A dúvida que se coloca, neste momento, é, primeiro, se há uma teoria do poder constituinte em RAWLS, para depois, averiguar quais valores e

---

their convenience. The third is the development of the modern science beginning interpretation the seventieth century.

<sup>11</sup> Of course, other controversies are also of crucial importance, such as those over limiting the power of absolute monarchs by appropriate principles of constitutional design protecting basic rights and liberties.

<sup>12</sup> Constituent power to establish a new regime and the ordinary power of officers of government and the electorate exercised interpretation day-to-day politics.

<sup>13</sup> Ver, especialmente, o Capítulo I quando várias considerações conceituais sobre a natureza, o conceito e a configuração atual de poder constituinte são efetuadas.

fundamentos esta teoria poderia invocar. Só então buscar-se-ão referências ao poder derivado ou ao poder de reforma.

Para suscitar essa discussão, há que se partir do seguinte pressuposto: *a escolha e o processo de aplicação dos princípios da justiça e, por conseguinte, da Constituição, se confunde com o poder constituinte?* Todas as evidências levam a crer que sim. RAWLS deixa entrever uma teoria do poder constituinte na posição original, latente a partir da identificação dos princípios da justiça com o papel que os direitos naturais exercem na teoria tradicional do referido poder constituinte. Fica estabelecido, entretanto, que não se trata de equiparar princípios e direitos naturais: o naturalismo está excluído de sua. O que parece similar é a função destes elementos no estabelecimento de uma Constituição. Para RAWLS (1997:12):

A idéia norteadora é que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original. São princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação. Esses princípios devem regular todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem assumir e as formas de governo que se podem estabelecer. A essa maneira de considerar os princípios da justiça chamarei de *justiça como equidade*.

Deve-se chamar a atenção para o fato de que os princípios da justiça são apenas limites éticos ao poder de elaborar uma Constituição de caráter extra-jurídico, não comprometendo a idéia de um poder ilimitado.

O processo que RAWLS (1997: 212) formula para a escolha dos princípios da justiça que devem reger a estrutura básica da sociedade, consta de quatro etapas, idéia que retira da história constitucional americana. A proposta é fazer, depois de adotados os princípios da justiça, uma convenção constituinte. Trata-se de um momento crucial, uma vez que as partes devem decidir qual a forma mais apta de elaborar uma Constituição.<sup>14</sup>

Na primeira etapa, na posição original, os princípios são escolhidos, após o que as partes na posição original se reúnem

<sup>14</sup> RAWLS refere-se à forma de elaborar a Constituição: se convenção constituinte, assembléia constituinte, mas, principalmente, extensão deste poder.

numa assembléia constituinte, na qual decidem sobre a justiça das formas políticas e escolhem uma Constituição. Esta é a segunda etapa, em que se estabelecem claramente os direitos e liberdades fundamentais. A partir de então é possível legislar -fazer leis que dizem respeito à estrutura econômica e social da sociedade: é a terceira etapa, em que se trata da justiça das leis e das políticas econômicas e sociais. Quando esta se completa, já só nos resta, na quarta etapa, a aplicação das regras pelos juizes e outras autoridades (RAWLS, 1997:212).

O procedimento acima exposto deixa claro que RAWLS prevê regras precisas para o funcionamento da convenção constituinte (e as etapas posteriores). Ainda que ele levante as mesmas objeções procedimentais em relação à escolha dos princípios da justiça, não é possível confundi-las.<sup>15</sup> Assim, suponho que, depois de adotados os princípios da justiça na posição original, as partes procuram formar uma convenção constituinte. Aqui devem decidir sobre a justiça das formas políticas e escolher uma Constituição: elas recebem delegação por assim dizer, para essa convenção. Observando as restrições dos princípios da justiça já escolhidos, elas devem propor um sistema para os poderes constitucionais e os direitos básicos dos cidadãos (RAWLS, 1997:213). De fato, são os princípios de justiça que devem inspirar os direitos básicos do cidadão bem como um sistema de escolha dos governantes e dos poderes constitucionais de governo. É neste estágio que se avalia a justiça dos procedimentos para lidar com as concepções políticas, levantando-se, parcialmente, o véu da ignorância.

Não se trata, pois, de um poder constituinte nos termos tradicionais, porquanto não pressupõe a constitucionalização dos direitos naturais, mas os princípios da justiça. Pode-se dizer, entretanto, que é, de fato, um poder de fazer uma Constituição, que inclui, ainda, algumas vantagens. Com efeito, ao sujeitar a Constituição aos princípios da justiça, RAWLS propõe ao mesmo tempo um sistema ético de formulação e avaliação da Lei Fundamental, pois *os princípios da justiça definiriam um critério de avaliação independente para o processo constitucional* (RAWLS, 1997:213) que assegura sua legitimidade em termos bem

---

<sup>15</sup> Como afirma VILHENA (1999: 207): *trata-se de um momento ainda artificial, em que o véu da ignorância foi apenas parcialmente levantado, e as pessoas continuam a desconhecer suas características pessoais e econômicas, tendo informações exclusivamente gerais sobre o nível sócio cultural e econômico da sociedade e, logicamente, sobre os dois princípios da justiça.*

mais amplos que as teorias tradicionais. Trata-se de uma teoria bem mais avançada que a própria teoria tradicional do poder constituinte, pois ao centrar a discussão na justiça, ele alcança um grau mais efetivo de legitimidade e, por conseguinte, de estabilidade.<sup>16</sup> É outro ganho na teoria de RAWLS: a Constituição será estável e duradoura, pois vem sustentada por numa concepção de justiça, amplamente aceita, o que permite afirmar, ser a Lei Fundamental, na concepção rawlsiana, quem cria seu próprio apoio, gerando sua base de legitimidade e garantindo sua permanência.

Finalmente, há que se averiguar da existência, em RAWLS, de um poder reformador e, em caso positivo, quais são os elementos que permitirão tal afirmação. Da mesma forma que os princípios da justiça são os limites éticos para a elaboração da Constituição, considerados numa amplitude um tanto diversa, tais princípios também podem ser vistos como limites éticos ao poder de reforma da Constituição. De acordo com RAWLS (1995:226), no tocante ao poder de emendar a Constituição, há que se considerar que *uma emenda nunca é algo isolado em si mesma, o objetivo que a move é ajustar os valores constitucionais básicos às mudanças de circunstâncias políticas e sociais ou incorporar à Constituição uma compreensão mais ampla destes valores.*<sup>17</sup> Segundo CITTADINO (1999: 186), o que se depreende da argumentação de RAWLS é que *qualquer procedimento de reforma constitucional que venha desvirtuar a promessa inicial configurada na Constituição –revogar direitos fundamentais, por exemplo –não pode ser considerado válido.*

Com efeito, VIEIRA (1999:222-224) demonstra que uma das grandes contribuições de RAWLS estaria em afastar o problema da intangibilidade de algumas cláusulas da Constituição, sem precisar recorrer a quaisquer princípios outros que não possam ser justificados racionalmente através da ética e da

---

<sup>16</sup> E, isto surge das características de legitimidade nas quais se fundam os princípios da justiça. importa na idéia de obediência à Constituição já que esta seria uma liberdade no momento que o indivíduo se submete às regras que ele mesmo elaborou.

<sup>17</sup> Una emienda no es solo un cambio cualquiera. Una de las ideas que animan a la emienda consiste en ajustar los valores constitucionales básicos a las cambiantes circunstancias políticas y sociales, o incorporar a la Constitución una comprensión mas amplia e inclusiva de esos valores.

superioridade dos direitos fundamentais, mas também sem resvalar para um naturalismo.<sup>18</sup>

As formulações de RAWLS, recolocando a discussão ética no âmbito da Política e do Direito, servem à análise das cláusulas constitucionais intangíveis, uma vez que podem auxiliar sua justificação no campo ético, porém não metafísico. Os princípios da justiça, os consensos sobrepostos e os essenciais constitucionais, cada um na sua esfera, não constituem valores transcendentais como os direitos naturais, mas princípios decorrentes da razão humana, voltados à organização da sociedade em que os homens são compreendidos como fins, e não como meios. Neste sentido a teoria da justiça de RAWLS não é meramente procedimental, [mas] há, portanto, uma ética substantiva que permeia o discurso de RAWLS (VIEIRA, 1999:224).

Ato contínuo à verificação da atuação constituinte, chega-se, facilmente, ao conceito de Constituição em RAWLS. Há que se ter presente, de início, que, para verificar-se se há, na *justiça como equidade*, efetivamente, uma Teoria Constitucional, é essencial a presença desse conceito associado a pelo menos dois elementos básicos que o compõem: direitos fundamentais e limitação do poder.<sup>19</sup> Sem um conceito de Lei Fundamental que dê conta desses dois elementos, não há como se falar em Teoria da Constituição.<sup>20</sup>

Uma rápida apreciação da obra de RAWLS demonstra, contudo, que não há motivos para preocupação. O autor contempla com muita precisão o conceito de Constituição e afirma que a lei maior estaria composta pelo que denomina de *elementos constitucionais essenciais*.

Estes elementos são de duas classes: a) princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e o processo político: os três poderes legislativo, executivo e judiciário, o alcance da regra da maioria; e b) direitos e liberdades básicas a cidadania, em pé de igualdade que a maioria legislativa deve respeitar: exemplo, o direito de votar e participar na política, a liberdade de

<sup>18</sup> Isto porque RAWLS é contratualista, mas não jusnaturalista.

<sup>19</sup> Fala-se em pelo menos dois, pois esses são os requisitos estabelecidos pelo constitucionalismo formal, que, sem dúvida, pelos a ser mais 'elementar' não se pode falar em Constituição. Ver Capítulo I.

<sup>20</sup> No início do Capítulo II, demonstrou-se como, a partir da formalização da Lei Fundamental, através da inserção desses elementos, foi possível a Teoria Constitucional. Dessa forma, não é diferente para RAWLS.

consciência, liberdade de pensamento e de associação, assim como as proteções do estado de direito (RAWLS, 1995: 217)<sup>21</sup>.

Com efeito, o conceito rawlsiano de Constituição está dado em congruência com o seu liberalismo. O autor não acata a compreensão material de Constituição (no sentido em que foi abordado nesta tese) e prende a Lei Fundamental, exclusivamente, à defesa da liberdade. Segundo RAWLS (1996: 337), *certamente, a história das Constituições que tiveram êxito, nos leva a pensar que os princípios para regular as desigualdades econômicas e sociais e outros princípios distributivos não são restrições constitucionais que devem ser incorporados a ela.*<sup>22</sup> Então para se compreender [a possível] *Teoria Constitucional de RAWLS, é importante notar que o autor estabelece uma hierarquia entre os dois princípios, sendo que a Constituição abriga o primeiro, e a legislação se responsabiliza pelo segundo* (VIEIRA, 1999:208).<sup>23</sup>

Em *Uma Teoria da Justiça*, o autor afirma textualmente: *na maior parte do tempo, discutirei a liberdade em conexão com as limitações legais e constitucionais. Nesses casos, a liberdade é uma certa estrutura de instituições,*

---

<sup>21</sup> Estos elementos son de dos clases: a) principios fundamentales que especifican la estructura general de gobierno y el proceso político: los tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y el alcance del gobierno de la mayoría. b) derechos y libertades básicas de la ciudadanía, en pie de igualdad, que la mayoría legislativa há de respetar: por ejemplo, el derecho a votar y a participar en la política, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y asociación, así como las protecciones del estado de derecho. Ao explicar a diferença que existe entre o primeiro e o segundo grupo de elementos constitucionais essenciais, RAWLS demonstra mais uma vez seu dogmatismo em relação ao conceito do político, quando afirma que somente o primeiro é variável e pode causar turbulências na seara constitucional. Quanto ao segundo, diz ele que se trata de uma relação estável e que pouco pode variar e, distintamente do primeiro, sua função é gerar estabilidade política. E mais: todos os elementos que ultrapassem a estrita defesa da liberdade não podem ser albergados no primeiro princípio.

<sup>22</sup> Indeed, the history of successful constitutions suggest that principles to regulate economic and social inequalities, and other distributiva principles, are generally not suitable as constitutional restrictons. Rather, just legislation seems to be best achieved by assurning fairness interpretação representetation and by other constitucional devices.

<sup>23</sup> A diferença entre os princípios que condensam as liberdades básicas e os que condensam as desigualdades sociais e econômicas não reside no fato de que os primeiros expressam valores políticos e os segundos não. Ambos expressam valores políticos. Mas a diferença encontra-se em que a estrutura básica da sociedade tem funções distintas porém coordenadas. Os princípios que compreendem as liberdades básicas especificam o primeiro princípio, e os que compreendem o segundo as desigualdades sociais e econômicas. Essa diferenciação que RAWLS faz, tem um sentido bastante cristalino: proteger a Constituição, pois a diferenciação entre os dois vai permitir que se resolvam muito mais facilmente os conflitos que envolvem o primeiro princípio do que os envolvem.

*um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres* (RAWLS, 1997: 219).<sup>24</sup> Como se vê, para o autor, à época da sua primeira obra, o problema da liberdade não era efetivamente uma questão de ‘definição’, mas de ‘compatibilização’: *acredito que, em sua maior parte, esse debate em nada se relaciona com definições, mas sim com os valores relativos das várias liberdades quando conflitam entre si* (RAWLS, 1997:219).<sup>25</sup> Isso ocorre porque a idéia de liberdade em RAWLS quer representar um sistema de liberdades (e não um conceito unívoco como se poderia apressadamente deduzir). Nesse contexto, o sistema é a idéia que representa o valor absoluto, pois cada liberdade pode ser ampliada ou restringida conforme a demanda do conjunto de direitos constitucionais.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Diz RAWLS (1997, p. 58): *entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrerem violações. Como exemplo de instituições tem-se desde a Constituição até as decisões judiciais.* Por outro lado, RAWLS explica que se pode considerar uma instituição por dois modos: como um objeto abstrato, ou seja, como uma forma possível de conduta expressa por um sistema de regras, ou como a realização das ações especificadas por essas regras no pensamento e na conduta de certas pessoas em uma dada época e lugar, sendo que esta é a definição que ele considera mais aceitável.

<sup>25</sup> A idéia de liberdade, que em RAWLS está fundada em ROUSSEAU e KANT, considera as pessoas livres para fazer algumas coisas quando estão livres de restrições estabelecidas por normas legais e quando sua ação está protegida contra a interferência de outras pessoas: é a já conceituada liberdade negativa. Tal como se viu no Capítulo anterior, esta questão traz à discussão o problema da tolerância e da objeção de consciência, casos que não serão aqui abordados.

<sup>26</sup> Surge, neste momento, o problema da tolerância, uma vez que a tolerância diz respeito a uma questão fundamental para o constitucionalismo: a restrição de direitos. De fato, se, para a teoria da equidade, o problema da realização da justiça relaciona-se, em primeira mão, com a extensão das liberdades, a questão que RAWLS coloca como central é saber em nome de que se pode restringir a liberdade sem, contudo, recair numa injustiça. Para que isso não ocorra, apresenta algumas condições: a impossibilidade de se assumir qualquer crença religiosa ou moral como obrigatória ou, ainda, *uma condição mais rigorosa se faz necessária: deve existir algum riscos consideráveis para os nossos próprios interesses legítimos. Assim, os cidadãos justos devem se esforçar para preservar a Constituição com todas as suas liberdades iguais, desde que a liberdade em si e a liberdade deles mesmos não corra perigo* (RAWLS, 1997:238). Mas é obrigatório perceber que, quando a Constituição estiver assegurada, não há razão para não tolerar os intolerantes, já que a questão da tolerância relaciona-se com a idéia de ter-se uma sociedade bem-ordenada ou estável. Estabilidade não significa ausência de injustiças ou conflitos: significa que, quando eles ocorrem, aparece claramente a noção de justiça para (re)estabelecê-la. Finalmente, é preciso esclarecer que os limites que devem ser usados para preservar uma Constituição justa estão em aberto: dependem das circunstâncias para saber quais os mecanismos apropriados, *a limitação da liberdade só se justifica quando for necessária para a própria liberdade, para impedir uma incursão contra a liberdade que seria pior ainda* (RAWLS, 1997: 233) Ainda, dentro da análise da prioridade da liberdade, cabe citar, rapidamente, duas questões: a desobediência civil e a objeção de consciência. A primeira diz respeito ao dever de obedecer a uma lei injusta numa sociedade quase justa onde

O que se deve perquirir, uma vez que é fato nítido que em RAWLS são os direitos e as liberdades básicas, que têm albergue na Constituição, é de que forma esse conjunto se 'articula' entre si, ou seja, se o que ele denomina de sistema corresponde ao que, na seara do constitucionalismo, denominou-se *sistema de direitos fundamentais*. Tal sistema é uma categoria de grande importância para a Teoria Constitucional, e não o fato de estar contemplada na *justiça como equidade*, se bem que não descartaria a possibilidade de seguir adiante este trabalho, pelo menos furtaria em grande parte o seu interesse.

Na acepção de MIRANDA (1998: 28),<sup>27</sup> a idéia de sistematicidade de uma Constituição determina que *ela deve ser apreendida, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste em procurar as recíprocas implicações dos preceitos e dos em que aqueles fins se traduzem, em situá-los, e defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa*. Vale a mesma interpretação para os direitos fundamentais: a sistematicidade implica a existência (ou não) de uma unidade ou harmonia na definição, conjugação, restrição e interpretação de cada direito em relação ao outro. Tem-se, portanto, um sistema, quando os direitos e liberdades básicas não são enfocados de forma isolada, mas de forma a se compatibilizarem racionalmente entre si. O que se tenta saber agora, portanto, é se RAWLS compreende as liberdades dessa forma para, finalmente, verificar se tal constructo

---

algumas regras desafiam a justiça.<sup>26</sup> Para que se possa falar em desobediência civil, RAWLS impõe três condições: casos patentes de injustiça; último recurso para a revogação da lei injusta; acordo de cooperação política que justifique a desobediência civil. Já a objeção de consciência *não se baseia necessariamente em princípios políticos; pode fundamentar-se em princípios religiosos ou de outra natureza que divergem da ordem constitucional. A desobediência civil é um apelo a uma concepção de justiça partilhada pela comunidade, ao passo que a objeção de consciência pode ter outros fundamentos* (RAWLS, 1997: 409) Todas essas questões são, de acordo com o próprio RAWLS, internas e conjunturais e, evidentemente, ligadas entre si, mesmo que o autor não mencione os movimentos contestatórios da Guerra do Vietnã.

<sup>27</sup> Nomeia-se esse autor unicamente para recordar o que já foi apresentado no Capítulo II desta tese, a respeito dos direitos fundamentais. E optou-se aqui pelo autor português, porque ele sistematiza bastante bem o que foi dito então sobre a idéia em tela.

é arquitetado de forma idêntica, tanto em *Uma Teoria da Justiça* como em *O Liberalismo Político*.<sup>28</sup>

Há que se retomarem as linhas gerais do trabalho do autor. Os direitos fundamentais, na obra do professor americano, são o resultado direto da sua concepção antropológica (em *Uma Teoria da Justiça*) ou normativa de pessoa (em *Liberalismo Político*).<sup>29</sup> Essas concepções recaem, necessariamente, na idéia de liberdade igual. Aqui vale recordar duas questões relevantes: a primeira é a idéia de que liberdade igual, em RAWLS, é um processo circular: porque os homens são iguais, devem estabelecer direitos iguais; porque os homens estabelecem direitos iguais, a sociedade é igualitária, e, portanto, os homens são iguais. Essa noção de igualdade é a que constitui a posição original e o véu da ignorância tem a função de assegurá-la. A segunda questão a ser levantada é o fato de que, como se viu, a Constituição resulta da escolha dos princípios na própria posição original; ela mesma, portanto, é o resultado da liberdade igual e, *além de assegurar direitos e liberdades básicas para todos, garante o justo valor para as liberdades políticas. Este primeiro princípio da justiça deve, segundo RAWLS, ser aplicado na etapa seguinte, ou seja, a dos delegados que, em uma convenção, vão elaborar o texto constitucional mais apropriado para regular a vida dos cidadãos livres e iguais em uma sociedade bem ordenada* (CITTADINO, 1999: 150). Assim, a igualdade na Constituição resultará na igualdade após a Lei Fundamental (ou seja, nos principais arranjos econômicos e sociais) como proporá um padrão de decisão igual para as decisões judiciais.

Algumas conseqüências já podem ser inferidas a partir daqui. Inicialmente, foi visto como RAWLS define os direitos fundamentais: são as liberdades básicas. Logo após pôde-se concluir que essas liberdades estão conectadas entre si, formando uma unidade, e, finalmente, que cada uma dessas liberdades requer uma individualização. Visto assim, o conjunto de direitos idealizado por RAWLS

---

<sup>28</sup> Desde já pode-se adiantar que é algo diferente, principalmente pela transformação da extensão da liberdade.

<sup>29</sup> O homem é igual, pois é racional, tem uma concepção de bem e a capacidade de ter um senso de justiça (isto ainda de acordo com a *Uma Teoria da Justiça*). Ver uma definição mais exaustiva no Capítulo III. O Liberalismo Político o autor não tem mais uma concepção antropológica, tem uma concepção normativa da pessoa humana criada para atender os fins de seu empreendimento.

adquire, então, com certeza, as características de um verdadeiro sistema de direitos fundamentais que encerra uma teoria desses direitos, pois procura uma forma racional que justifique a distribuição, o que desenvolve ao longo de suas duas obras.

Para comprovar essa assertiva, pode-se relevar o fato de que RAWLS distingue, ainda que não explicitamente, dois postulados fundamentais na teoria dos direitos: a sua regulação e a sua limitação.<sup>30</sup> O primeiro caso, da regulação, diz respeito à exequibilidade dos direitos e liberdades básicas. RAWLS afirma-, e de acordo com a teoria dos direitos fundamentais isso está correto, que todas as liberdades precisam de procedimentos para o seu exercício. O problema surge quando essa regulação impede o exercício pleno do direito. Tem-se, então, aí sim, uma injustiça, pois, para o filósofo, sempre que uma liberdade é negada, uma injustiça é cometida, donde se deduz que os procedimentos sempre devem estar o mais de acordo possível com a ampla liberdade. Um exemplo de procedimento que pode reduzir o alcance dos direitos fundamentais, citado pelo autor, é a regra da maioria. Para RAWLS (1997:250), uma das grandes interrogações do constitucionalismo decorre do fato de que é preciso *descobrir que limitações funcionam melhor, em dadas circunstâncias, para promover os objetivos da liberdade.*<sup>31</sup>

Entretanto, ele não teria uma teoria dos direitos fundamentais, como foi afirmado, caso não se preocupasse com as restrições aos direitos, não somente pelos procedimentos (como efetivamente faz), mas, principalmente, pelos outros direitos do sistema constitucional. Há que se perguntar, neste momento, se a restrição aos direitos –não mais, então, por mecanismos procedimentais, mas, pelo próprio direito - gera, tal como no caso anterior, uma ameaça à esfera de

---

<sup>30</sup> Essa questão será um dos alvos de crítica dos liberais radicais. Para eles, qualquer regulação é uma limitação. Tal como se viu, no Capítulo III, RAWLS acaba cedendo e mudando o primeiro princípio de justiça, para evitar que as 'regulações' atrapalhem a liberdade. Há que se ressaltar que, no *Liberalismo Político*, apesar dessas mudanças, não desaparece a teoria dos direitos fundamentais, mas, com certeza, ela se torna menos ampla. Em *O Liberalismo Político*, RAWLS afirma que essa diferenciação não foi efetuada. Discorda-se da opinião do autor.

<sup>31</sup> A resposta a essa questão não é oferecida de forma satisfatória em *Uma Teoria da Justiça*. Em compensação, em que o *Liberalismo Político* é uma das principais preocupações de RAWLS e será

atuação dessa liberdade e, portanto, uma injustiça. Isso equívale, pode-se dizer, a perguntar-se o que segue: pode o direito limitar o próprio direito, sem ferir a liberdade?

É importante que se diga agora que, na argumentação do professor para responder a essa demanda, encontra-se o ‘coração’ da teoria rawlsiana dos direitos fundamentais. Com efeito, no tocante à redução do alcance dos direitos fundamentais, RAWLS afirma que ‘o direito pode limitar o direito’, desde que seja para garantir a liberdade. Todas as outras limitações são incompatíveis com a *justiça como equidade*. Assim, se o autor só admite restrições à *liberdade para o bem da liberdade* (RAWLS, 1997: 219), o único motivo para circunscrever as liberdades básicas e torná-las menos abrangentes é que, caso contrário, elas interfeririam umas nas outras. Por isso mesmo, a garantia da liberdade e da justiça exige que o sistema de direitos fundamentais se organize a partir do pressuposto de que, com aquele determinado arranjo, será obtida a maior liberdade possível, dentro do quadro constitucional; assim, *a melhor ordenação das várias liberdades depende da totalidade das limitações a que elas estão sujeitas* (RAWLS, 1997: 220).

Duas questões, neste momento, merecem destaque. Por um lado, há que se chamar a atenção para o fato de a teoria da liberdade de RAWLS ter sido considerada liberal demais – leia-se negativa no sentido da liberdade negativa - e poderia levar à seguinte objeção:

toda recusa ou limitação das liberdades é injusta, que é um mal, sem que se possa precisá-lo. (...) Uma tal presunção acaba pondo no mesmo plano a liberdade de expressão e a liberdade de passar férias na Côte d’Azur! Ela não nos permite saber quais liberdades são importantes, por quê, a que título, etc. em nome da “liberdade negativa” dos cidadãos. Ao contrário, parte-se da premissa de que a liberdade política é um bem intrínseco do qual as outras liberdades necessitam para se realizar, reencontra-se uma coerência e uma linha mestra para julgar tanto as ações dos Estados quanto os comportamentos individuais (AUDARD, 1989:420).

As críticas da autora francesa deixaram bastante claro que sua teoria deve ser lida no contexto de uma sociedade liberal e democrática, quando determinadas

---

abordada na parte final deste Capítulo, quando da análise da relação de RAWLS com a democracia constitucional.

condições políticas, econômicas e sociais estão garantidas, e não de uma forma universal como ele pretende. A resposta de RAWLS virá somente em textos posteriores e será melhor delineada em *O Liberalismo Político* quando, bastante a contragosto, reconhece que um sistema de liberdade desse tipo é um 'luxo' que poucas sociedades podem se permitir.

No mesmo sentido, aparece uma importante objeção de HART (1975: 230-252), que condena o professor americano por ter usado uma noção muito estreita de *liberdades básicas*<sup>32</sup>, acusando-o, ainda, de não justificar o motivo pelo qual as partes escolheriam a prioridade das liberdades. Essas questões podem ser assim resumidas:

RAWLS está longe de ter uma noção larga de liberdade e adota uma lista restrita do que ele considera as liberdades básicas, particularmente as liberdades de consciência, pessoa e participação política, pois, ao evitar uma noção larga de liberdades, o autor evita o problema de ter de reconciliar a liberdade e a igualdade. (...) Uma segunda área de problemas diz respeito ao motivo pelo qual as partes optariam por um esquema maior de liberdade na posição original, pois estariam baseados numa sociedade que já atingiu alto grau de igualdade material ( HART: 1975: 230-252).<sup>33</sup>

As críticas de HART foram decisivas para a mudança drástica da fundamentação da obra de RAWLS. Isso ocorreu porque o autor de *Uma Teoria da Justiça*, logo após os comentários do jurista inglês, viu-se obrigado a admitir o que estava implícito e todos já sabiam sobre o seu trabalho: que ele escolhia e não justificava a prioridade e nem a larga extensão de todas as liberdades. O que ele desejava era que seu sistema fosse compatível com todos os outros sistemas (principalmente, os socialistas), e não somente com os sistemas políticos de cunho

---

<sup>32</sup> Embora partam de pressupostos diferentes, tanto as críticas de AUDARD como as de HART e DWORKIN têm o mesmo sentido: o conceito de liberdade de RAWLS é insuficiente/ deficiente. Se esta questão não ataca o fato de que a Constituição permanece como albergue dos direitos da liberdade, altera a idéia de sistema de direitos fundamentais em RAWLS.

<sup>33</sup> Outra objeção importante, que não será, entretanto, objeto de análise neste momento, diz respeito à possibilidade de que os fatores econômicos funcionem como importantes restrições legais ao funcionamento dos princípios. Trata-se de uma crítica com forte componente igualitário, mas que se encontra fora do âmbito de abrangência deste trabalho. Para maiores detalhes, ver DANIELS (1973: 253-281).

liberal. Paradoxalmente, porém, acabou tornando-se liberal demais, o que conferiu à sua teoria um caráter absolutamente particular.<sup>34</sup>

O autor concorda com a maioria das críticas que lhe foram dirigidas e, como sempre, propõe-se corrigir e/ou responder às deficiências apontadas. A esse respeito, diz RAWLS (1996: 289):

H.L. HART comprovou que a explicação oferecida em *Uma Teoria da Justiça* das liberdades básicas e sua prioridade contém, entre outros equívocos, duas omissões graves. Nesta palestra esboçarei, pois só me é possível esboçar, como é possível preencher essas lacunas de minha obra. A primeira omissão consiste em quais fundamentos de que se servem as partes na posição original para adorar as liberdades básicas e acordar sobre a sua prioridade da liberdade. E, isto, está relacionado com a segunda omissão: que quando se aplicam os princípios da justiça não se dá uma opinião satisfatória sobre como serão especificadas concretamente as liberdades básicas nem como se ajustam umas às outras conforme se conheçam as circunstâncias sociais<sup>35</sup>.

A primeira deficiência, acredita RAWLS (1996: 299-300), pode ser corrigida a partir de uma revisão no conceito de pessoa e na concepção de cooperação social, o que ele faz através dos conceitos de racional e razoável e que equivale, portanto, a compatibilizar a liberdade com a igualdade e assim levar o liberalismo a um avanço importante. Este é um tópico muito bem analisado por CITTADINO (1999: 149): *são estes direitos e liberdades básicas que, no âmbito de uma sociedade bem ordenada, asseguram, segundo RAWLS, o respeito a cada cidadão por si mesmo, na medida em que viabilizam a realização de sua concepção individual sobre a vida digna. Ao mesmo tempo, como estes direitos e liberdades básicas são a todos garantidos, revelam o respeito mútuo entre os cidadãos. Neste sentido, os direitos e liberdades básicas permitem o*

<sup>34</sup> Esta não é a opinião de DWORKIN, que, contrariamente, o acusou de ser liberal de menos.

<sup>35</sup> It was pointed out by H. L. A. HART that the account in my book *A Theory of Justice* of the basic liberties and their priority contains, among other failings, two serious gaps. In this lecture I shall outline, and can do no more than outline, how these gaps can be filled. The first gap is that the grounds upon which the parties in the original position adopt the basic liberties and agree to their priority are not sufficiently explained. This gap is connected with a second, which is that when the principles of justice are applied at constitutional, legislative, and judicial stages, no satisfactory criterion is given for how the basic liberties are to be further specified and adjusted to one another as social circumstances are made known. Neste momento será abordada apenas uma (a primeira) das respostas de RAWLS a HART. A resposta à segunda objeção será retomada por ocasião da discussão da teoria rawlsiana dos direitos fundamentais.

*desenvolvimento das duas capacidades morais que caracterizam o cidadão em uma sociedade bem ordenada, ou seja, a capacidade de ter um senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção de bem.*<sup>36</sup>

Pois bem, o que interessa, então, são as respostas às críticas que acusaram RAWLS de negar a prioridade de algumas liberdades em relação a outras, já que se depreende de *Uma Teoria da Justiça* que o critério para distribuição das liberdades é meramente quantitativo e não leva em consideração os diversos níveis de relevância e importância das liberdades. Segundo RAWLS (1996: 331),

Cumpra agora trabalhar sobre a segunda lacuna. Deve lembrar-se que esta surge porque, uma vez que dispomos de um certo número de liberdades que devem especificar-se e ajustar-se melhor umas com as outras em cada etapa posterior, precisamos de um critério quanto a como isto deve ser feito. Deve-se estabelecer o melhor, ou pelo menos um esquema mais adequado de liberdades básicas, dadas as circunstâncias pelas quais atravessa a sociedade. Pois bem, em *Uma Teoria da Justiça* um critério sugerido parece ser o das liberdades básicas que devem ajustar-se e especificar-se de forma que se atinja um esquema mais amplo destas liberdades. Tal critério é puramente quantitativo e não diferencia os casos mais importantes dos outros; além do mais, não se aplica regularmente e não é constantemente seguido<sup>37</sup>.

Nesse momento, portanto, RAWLS constrói, ao largo do *Liberalismo Político*, uma 'lista' das liberdades que considera prioritárias.<sup>38</sup> Essa lista, que não é exaustiva, vai ganhando contornos cada vez mais precisos nos momentos posteriores (quando da aplicação concreta da liberdade nos estágios constitucional, legislativo e judicial). Ele não deixa de reconhecer, porém, na sua

<sup>36</sup> Não se comentará mais largamente esta questão, porque ela já foi apresentada no capítulo anterior e, de acordo com os objetivos do presente trabalho, este capítulo cinge-se à Teoria Constitucional de RAWLS.)

<sup>37</sup> I now turn to how the second gap may be filled. Recall that this gap arises because once we have a number of liberties which must be further specified and adjusted to one another at later stages, we need a criterion for how this is to be done. We are to establish the best, or at least a fully adequate, scheme of basic liberties, given the circumstances of society. Now, in *Theory* one criterion suggested seems to be that the basic liberties are to be specified and adjusted so as to achieve the most extensive scheme of these liberties. This criterion is purely quantitative and does not distinguish some cases as more significant than others; more-over, it does not generally apply and is not consistently followed.

<sup>38</sup> Liberdade de consciência, de pensamento, expressão, associação, propriedades pessoais, e, ainda, uma liberdade que ele considera importante, embora não se situe no rol das liberdades mais tradicionais aos liberais: a liberdade política de participação igual, pois ele a vê como um importante instrumento de garantia das outras liberdades. Sobre a diferença liberdade dos antigos e dos modernos, ver Capítulo I.

obra mais atual, que há aquelas que são efetivamente prioritárias: ou porque representam a capacidade moral do indivíduo ou porque garantem a participação política igual.<sup>39</sup> Demonstra então, claramente, a existência de uma teoria dos direitos fundamentais. Ao abandonar a idéia de que é a simples necessidade de compatibilizar os direitos entre si que funda o sistema e, por conseqüência, estabelecer critérios para isso, RAWLS permite afirmar taxativamente a compatibilidade de seus desígnios com os da Teoria da Constituição. Tal como se viu, os critérios são, fundamentalmente, dois. O primeiro é a participação igual, participação essa que teria uma função bem mais relevante, pois serviria para assegurar todas as outras. De acordo com RAWLS (1996: 330),

a garantia do valor eqüitativo para as liberdades políticas está colocada no primeiro princípio de justiça, pois resulta essencial para estabelecer uma legislação justa e também para assegurar o processo político equânime especificado pela Constituição. A idéia é incorporar à estrutura básica da sociedade um procedimento político efetivo que espelhe nessa estrutura a representação eqüitativa de pessoas alcançadas na posição original. É a eqüidade desse procedimento, assegurado pela garantia do valor eqüitativo das liberdades e ainda pelo segundo princípio de justiça (especialmente pelo da diferença), que oferece resposta à pergunta de por que as liberdades fundamentais não são puramente formais<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Em *Uma Teoria da Justiça*, contudo, ele se deteve de forma mais consistente em pensar os mecanismos para garantir a participação igual. Dizia ele (1997:243): *três pontos acerca da liberdade igual, definida pelo princípio de participação, exigem discussão: seu significado, sua extensão e as medidas que reforçam o seu valor. Começando pela questão do significado, o preceito um-eleitor-um-voto, quando obedecido estritamente implica que cada voto tem aproximadamente o mesmo peso na determinação do resultado de eleições. (...) O segundo ponto é o relativo à sua extensão. (...) A liberdade política mais abrangente é estabelecida por uma Constituição que usa o procedimento da regra da maioria simples (o procedimento em que uma minoria não pode sobrepujar uma maioria ou barrá-la) para todas as decisões significativas que são impedidas por alguma restrição constitucional. Sempre que a Constituição limita a abrangência ou a autoridade das maiorias, seja exigindo uma maioria qualificada para certos tipos de medidas, seja por uma declaração de direitos que restringe os poderes do legislativo, e medidas semelhantes, a liberdade política igual é menos extensiva. [finalmente] A Constituição deve tomar medidas para reforçar o valor dos direitos iguais de participação de todos os membros da sociedade. (...) Deve-se encorajar a discussão pública, tornar os partidos políticos independentes, entre outros. Em *Liberalismo Político*, RAWLS (1996: 383-385) vê com dificuldade a forma de se garantir uma participação política igual, mas acredita que uma saída possível é o estabelecimento de entidades independentes, organizadas pela sociedade civil e mantidas distantes de poder econômico. A restrição em suas considerações resulta das críticas que ele sofreu de liberais mais conservadores (como DWORKIN e HART) a respeito do super dimensionamento das liberdades positivas (especialmente as de participação), desta forma, ainda que possa parecer que jamais deveria tê-lo feito, o autor recua.*

<sup>40</sup> The guarantee of fair value for the political liberties is included in the first principle of justice because it is essential in order to establish just legislation and also to make sure that the fair political process specified by the constitution is open to everyone on basis of rough equality. The

Dos critérios citados anteriormente, é o segundo que estabelece a diferença entre a liberdade e o valor da liberdade. De fato, nesse momento, RAWLS vê-se obrigado a retomar uma distinção já efetuada em *Uma Teoria da Justiça* (e que lá passou despercebida), que tem como objetivo demonstrar, ao mesmo tempo, que sua teoria não padece dos vícios do liberalismo mais conservador, embora seja uma teoria totalmente liberal e, por outro lado, que é perfeitamente lícito tratar-se a Constituição como o *locus* exclusivo da liberdade, sem que isso seja uma atitude 'meramente formal'. Dessa forma, segundo ele, quando as condições materiais são desfavoráveis, não decai a liberdade, mas o valor que lhe é aferido. E vice-versa: quando as necessidades sociais estão satisfeitas, aumenta o valor da liberdade, mas a liberdade –enquanto prerrogativa constitucional- sempre permanece a mesma. RAWLS nega, portanto, a partir dessas diferenças, o fato de que as liberdades que ele estabelece sejam puramente formais, pois a participação igual e o segundo princípio estariam à altura de oferecer-lhes um conteúdo substancial. Pode-se (re)afirmar, aqui, uma das premissas desta tese. RAWLS tem uma Teoria Constitucional implícita que, apesar de não romper com o liberalismo, encontra mecanismos de atualização e materialização, através da sustentação do conceito de Constituição justa.

Outra questão bastante polêmica que retorna à pauta de RAWLS, como decorrência das críticas recebidas, diz respeito à distinção entre regulação e restrição de direitos. O autor acredita que, embora sendo essa uma demanda importante dentro de um sistema de direitos fundamentais, não foi tratada de forma condizente na sua primeira obra. O que parece, entretanto, é que, devido às transformações que sofreu a sua compreensão de liberdade, o autor gostaria de dar um novo alcance a essa distinção.

Com efeito, de acordo com o que ele chamou de critério quantitativo, a restrição de uma liberdade – que talvez não fosse tão importante– poderia afetar o

---

idea is to incorporate into the basic structure of society an effective political procedure which mirrors in that structure the fair representation of persons achieved by the original position . it is the fairness of this procedure by the guarantee of the far value of the political liberties, together

âmbito de abrangência de uma liberdade mais relevante. Assim, o que RAWLS deseja é que a organização/restricção das liberdades seja efetuada em se considerando não só a prioridade da liberdade, mas a prioridade de algumas liberdades sobre as outras. A única regra seria que se deve garantir a ordenação das liberdades de forma a assegurar a liberdade igual, a liberdade por excelência.<sup>41</sup>

Sendo que as liberdades fundamentais podem chocar-se entre elas, nenhuma delas é absoluta, da mesma forma que não é absoluta a exigência de que, num sistema definitivo, todas as liberdades sejam oferecidas de forma igual (qualquer que seja o significado disto). O que queremos dizer é que, seja qual for a maneira de ajustar essas liberdades entre si, a fim de que se forme um sistema coerente, ele deve trazer garantias iguais para todos os cidadãos (RAWLS, 1996: 295)<sup>42</sup>.

Resta um último tópico. RAWLS nega, terminantemente, ter sugerido, em uma passagem qualquer de *Uma Teoria da Justiça*, que algumas das restrições à liberdade possam ser feitas em nome do bem-estar de todos. Segundo ele, essa confusão advém da diferença que ele próprio estabeleceu entre liberdade e valor da liberdade. Tal diferença pouco apreciada ou compreendida à época, jamais poderia reforçar o valor da liberdade, limitando-a. O valor da liberdade é estabelecido pelas *condições favoráveis ao seu exercício, isto é, circunstâncias sociais que, desde que exista vontade política para isso, permitem o estabelecimento efetivo e o pleno exercício das liberdades. Essas condições são determinadas pela cultura de uma sociedade, por suas tradições e seu desenvolvimento econômico (que não precisa, na verdade, ser muito grande) e nunca pela própria liberdade* (RAWLS, 1996: 297).<sup>43</sup> Qualquer coisa diferente disso implica, na prática, abuso da liberdade.

---

with the second principle of justice (with the difference principle), which provides the answer as to why the basic liberties are not merely formal

<sup>41</sup> Não é difícil perceber por quê. A idéia de liberdade igual funda e refunda o sistema de RAWLS.

<sup>42</sup> Since the basic liberties may be limited when they clash with one another, none of these liberties is absolute; nor is it a requirement that, in the finally adjusted scheme, all the basic liberties are to be equally provided for (whatever that might mean). Rather, however these liberties are adjusted to give one coherent scheme, this scheme is secured equally for all citizens.

<sup>43</sup> These conditions are determined by a society's culture, its traditions and acquired skills in running institutions, and its level of economic advance (which need not be especially high), and no

Finalmente, deve-se enfrentar, agora, uma das mais delicadas temáticas referentes à teoria dos direitos fundamentais de RAWLS: a validade –o âmbito de abrangência– dos direitos e liberdades básicas como resultado/decorrência do contrato social.<sup>44</sup> A questão pode ser (mais ou menos) assim colocada: se os direitos inseridos na Constituição são decorrência dos princípios escolhidos na posição original, parece mais do que evidente que devam possuir as mesmas características, a saber, a generalidade e a universalidade de suas proposições.<sup>45</sup> Disso decorre, então, que, para o autor, os direitos fundamentais devem ter uma validade universal, pois são o resultado direto da capacidade moral dos indivíduos,<sup>46</sup> não estando, portanto, sujeitos a nenhum tipo de particularismo; também são, por isso mesmo, direitos gerais, pois se aplicam a todos os indivíduos indistintamente. Assim, *a validade dos direitos liberais pode ser reivindicada, em nome de valores que dizem respeito a uma natureza humana em geral, idéia esta que por si mesma não determina nenhuma forma específica de vida* (VITA, 1993: 113). Essa validade ou abrangência dos direitos fundamentais denomina-se validade transcultural dos direitos e traz uma série de tópicos relevantes para a discussão da Teoria Rawlsiana da Constituição, especialmente advindos das críticas comunitárias que, em linhas gerais, já foram esboçadas no Capítulo III. Agora interessa, precipuamente, o problema dos direitos fundamentais.

Com efeito, os comunitaristas colocam como desafio endêmico às democracias liberais a necessidade de reconhecimento do multiculturalismo e da política da diferença. Para os comunitaristas, *reconhecer e tratar como iguais aos membros de certos grupos é algo que hoje parece requerer que as instituições públicas reconheçam, e não que atropelem, as particularidades culturais, pelo menos no que se refere àqueles de cuja compreensão de si próprios depende a*

---

doubt by other things as well. I assume as sufficiently evident for our purposes, that in our country today reasonably favorable conditions do obtain, so that for us the priority.

<sup>44</sup> Os princípios devem ser abstratos, gerais, universais e públicos. Ver Capítulo III.

<sup>45</sup> Essas são as mais marcantes e afetam o tema dos direitos fundamentais. Ver Capítulo III, a respeito das principais características dos princípios da justiça.

<sup>46</sup> E, nesse sentido, são todos iguais: têm uma concepção de bem e um senso de justiça.

*durabilidade de sua cultura* (GUTMANN, 1993: 16)<sup>47</sup>. De acordo com os comunitários, contudo, o que se vê nas democracias atuais, que são notoriamente liberais, é o fato de serem elas movidas por uma ‘cegueira’ em relação a essas diferenças. Segundo Amy GUTMANN (1993: 13), *não se pode poupar as instituições públicas liberais, incluindo as dependências do governo, as escolas, os colégios e universidades, que têm sido alvo de diversas críticas por não reconhecerem nem respeitarem a identidade cultural particular dos cidadãos*,<sup>48</sup> crítica – sem dúvida – que precisa ser cada vez mais aprofundada, na busca contínua do reconhecimento público da diferença.

Para os comunitaristas, a idéia da dignidade da pessoa humana, da qual provêm todos os direitos liberais contemporâneos, se considerada em termos universalistas do ‘eu’, como efetivamente está colocada, não vale nada (TAYLOR, 1993: 62-63). Quer isso dizer que, para os antiindividualistas, se todos têm direito à dignidade ou, pelo menos, à mesma forma de serem considerados dignos, acaba por estabelecer-se o padrão universal de dignidade/igualdade – homem/branco/urbano/eurocêntrico- que exclui os que não se encaixam no padrão.<sup>49</sup> Trata-se, portanto, para os autores em tela, de substituir a cultura da igualdade pela cultura da diferença ou, em outros termos, de atualizar o liberalismo, segundo as exigências da era contemporânea.

De fato, houve um tempo, como explica FARRELL (1995:69), *em que o liberalismo foi, continuamente, interpretado como uma doutrina que prestava atenção aos integrantes dos grupos minoritários. Em tempos mais próximos, entretanto, o movimento comunitário vem questionando seriamente a capacidade do liberalismo de proteger a certos grupos minoritários, mediante os direitos*

---

<sup>47</sup> reconocer y tratar como iguales a los miembros de ciertos grupos es algo que hoy parece requerir unas instituciones públicas que reconozcan, y no que pasen por alto, las particularidades culturales, al menos por lo que se refiere a aquellos cuya comprensión de sí mismos depende de la vitalidad de la cultura.

<sup>48</sup> Las instituciones públicas, incluyendo las dependencias del gobierno, las escuelas y los colegios y universidades de artes liberales, han sido el blanco de severas críticas en estos días por no respetar la identidad cultural particular de los ciudadanos.

<sup>49</sup> FARRELL (1995:81) explica bastante bem esta questão: *los comunitarios acusan a los liberales de limitarse a proponer programas para eliminar la pobreza, para asimilar a los indios o para llevar un modo de vida urbano al campo. Pero estas propuestas consisten sólo en dar más de lo*

*individuais [universais], e tem reclamado a necessidade de criação de outro tipo de direitos, os direitos comunitários.*<sup>50</sup> Tal pleito se justifica porque, segundo TAYLOR (1993: 62-63), o conceito de liberdade e cidadania dos liberais, em especial o de RAWLS, parou na década de 60. *O fato é que esse tipo de liberalismo dos direitos igualitários somente pode outorgar um reconhecimento muito limitado às distintas identidades culturais, pois a idéia de que qualquer um dos conjuntos habituais de um contexto cultural de forma diferente de outro, que seja possível que sua aplicação deva tomar em conta de forma diferente que em outro lugar é inaceitável* (TAYLOR, 1993: 79).<sup>51</sup>

Ocorre aqui, entretanto, algo importante. Trata-se de perceber que o reconhecimento público da diferença requer *conceder certos direitos especiais a um determinado grupo para que este possa preservar a sua identidade* (FARRELL, 1995: 82).<sup>52</sup> Isso exigiria, tal como exigem os liberais, que o Estado e o direito não se colocassem de forma neutra. Seria necessário que adotassem, por exemplo, uma postura favorável a determinada cultura ou grupo, em detrimento de outros, por considerá-los prioritários ou especiais, por algum motivo qualquer (ser mulher, negro, índio, etc.). Isso, contudo, está fora da alçada liberal, pois, como se sabe, nada é mais caro aos liberais que a igualdade da pessoa humana.

Por outro lado, comunitaristas como TAYLOR (1993: 93) acusam o liberalismo de sustentar-se numa falsa neutralidade, já que seria impossível manter-se uma rigorosa neutralidade. Segundo eles, o liberalismo não é nem pode ser compatível com todos os meios de vida, o que fica provado através da

---

*mismo, dicen los comunitarios. En realidad agravan incluso el problema , puesto que la homogeneización ha socacado las comunidades sin poner nada en el lugar.*

<sup>50</sup> El liberalismo há sido interpretado usualmente como una doctrina que presta especial atención a la protección de los integrantes de los grupos minoritarios. En tiempos cercanos, sin embargo, el moviemineto comunitario há cuestionado seriamente la capacidad del liberalismo proteger a ciertos grupos minoritarios mediante la concesión de derechos individuales, y há reclamado el otorgamiento de outro tipo de derechos: los derechos comunitarios.

<sup>51</sup> El hecho es que hay formas de este liberalismo de los derechos igualitarios que, en la mente de sus propios partidários, sólo pueden otorgar un reconocimiento muy limitado a las identidades particulares.

<sup>52</sup> El tratamiento diferencial consiste en conceder ciertos derechos especiales al grupo para permitirle preservar su identidad cultural amenazada si su protección quedara librada a los derechos individuales.

supremacia da religião em algumas comunidades onde não há como se falar em liberdade de expressão, já que a religião em si é a essência da liberdade.<sup>53</sup> Já os liberais, como RAWLS e DWORKIN, refutam esse tipo de argumento, afirmando que a neutralidade procurada é a de procedimentos, não de valores, e que os comunitários se recusam a perceber essa diferença.<sup>54</sup> A essa alegação, os comunitários respondem dizendo que a neutralidade seria, ainda, em si mesma, uma opção pelo padrão dominante e, portanto, insuficiente. Por sua vez, os universalistas afirmam que, não fossem as liberdades liberais (a de associação seria uma delas), as comunidades nunca seriam possíveis.

Esta é, sem dúvida, um polêmica infundável. Ela envolve desde aspectos epistemológicos até aspectos políticos, como explica ALTABLE (1995:126), *o debate comunitarismo/liberalismo está progredindo de forma a tornar-se cada vez menos epistemológico e mais político. A tensão teórica entre universalidade e particularidade, que possuía no início um caráter epistemológico, se apresenta agora como tensão política. Isto se deve, fundamentalmente, a que a reconstrução rawlsiana e sua crítica comunitária não se entendem mais como posturas que se enfrentam sobre princípios éticos, senão como limites da sociedade democrática.*<sup>55</sup>

Esse debate se complicou, nos últimos anos, com o surgimento de um comunitarismo de direitos, autodenominado *constitucionalismo patriótico*, formulado e defendido por Bruce ACKERMAN (1991).<sup>56</sup> O constitucionalista

---

<sup>53</sup> Os exemplos mais utilizados são o dos índios, o dos versos satânicos e o da comunidade franco-parlante no Canadá.

<sup>54</sup> Um bom exemplo é o princípio da diferença em RAWLS: o lugar de destaque que ocupa em seu sistema determina, ainda que de forma implícita, a existência de valores como a solidariedade e a presença de fortes laços sociais; se não fosse assim, a simples menção a esse princípio sequer seria possível.

<sup>55</sup> El debate liberalismo/comunitarismo se há ido realizando y progresando há dejado de ser teórico para tener cada vez más un alcance político. La tensión teórica entre la universalidad y particularidad que poseía al principio un carácter epistémico se presenta ahora com tensión política. Ello se debe fundamentalmente a que la reconstrucción liberal rawlsiana y su crítica comunitarista no se entienden ya como posturas enfrentadas sobre la fundamentación de los principios éticos, sino como interpretaciones diferentes de los limites de la sociedades democráticas.

<sup>56</sup> Não se irão escrutinar agora as largas relações entre o patriotismo, o comunitarismo e o universalismo, que, não se nega, tendo em vista os acontecimentos políticos recentes, tendem a cada dia que passa requererem mais atenção. O que se pode alertar é que TAYLOR,

americano rejeita as teorias do contrato social e suas derivadas (como seria a de RAWLS), pois torna a cidadania extremamente fugaz ao não exigir nenhum tipo de vínculo com a cultura. Segundo CITTADINO (1999:164),

ao associar os direitos fundamentais ao processo argumentativo público, ACKERMAN se volta contra as teorias contratualistas que derivam os direitos básicos dos indivíduos de um contrato hipotético. Configurar o contrato como o vínculo central que une os indivíduos é transformar, segundo ACKERMAN, a cidadania em algo que poder ser adquirido subitamente, sem qualquer vinculação com a cultura política partilhada em uma comunidade. Se, ao contrário, é o diálogo o laço central que une a todos, a cidadania não pode estar senão enraizada nas idéias fundamentais da comunidade política.

É desse debate que surge o *constitucionalismo patriótico*. Isso quer dizer que a Constituição só pode resultar da vontade de um povo organizado que, a todo momento, pode mudar seus valores e desejar mudar seus direitos fundamentais, mesmo que estejam legitimamente instituídos por uma Constituição. De acordo com CITTADINO (1999:168), *imaginar que as declarações de direitos são inalienáveis é, segundo ACKERMAN, supor que é possível escapar das dificuldades, dos conflitos e dos limites fixados pelo processo histórico*. Com efeito, segundo ACKERMAN (1995: 29), o problema com os liberais surge a partir da idéia de que, ao considerarem os direitos fundamentais ‘reservas democráticas’ e os afastarem das decisões da maioria, eles limitam o diálogo político.

Meu desacordo com os liberais surge dos limites que eles impõem ao diálogo político contínuo em nome do *Liberalismo Político*. (...) Reconhecemos, e eles não, que o ponto de partida de cada cidadão está configurado de um modo onipresente pela família, o sistema educativo, a distribuição de riqueza, a instituição da propriedade privada e a organização do mercado. Os liberais se negam a cuidar dessas instituições básicas, algo com se surgissem diretamente do

---

ACKERMANN e outros comunitários colocam em tela a discussão entre universalismo e patriotismo. No momento em que se conclui esta tese, a pergunta que salta aos olhos é até onde os grupos comunitários e os patriotas americanos podem chegar? Imagino que não muito longe, pois uma das principais conseqüências das características desses grupos é a impossibilidade de pensar além dos limites de sua ‘referência’. Lamentam-se agora, além do ocorrido, os limites temporais e espaciais deste trabalho para aprofundar essa questão, visto que em algum momento há que se encerrar.

estado de natureza, através de uma mão invisível. Insistimos em colocá-las e submetê-las ao controle democrático<sup>57</sup>.

Independentemente de poder ou querer esgotar este debate – o que parece realmente inimaginável– buscou-se, até aqui, demonstrar os diversos matizes que ele assume. O que importa, para os fins deste trabalho, contudo, é saber se os limites apontados pelos comunitaristas à Teoria Rawlsiana da Constituição, especialmente à teoria dos direitos fundamentais, podem comprometê-la seriamente ou se, pelo contrário, a Teoria Rawlsiana pode considerar-se fortalecida através das críticas. E, antes de mais nada, é importante esclarecer que, de acordo com o que foi exposto, o que se pretende é examinar as possibilidades de escolha, avaliando se é democrático ou não que determinados grupos, em vista de sua filiação a uma determinada comunidade, ou por pertencerem a uma “categoria” especial, mereçam que se lhes atribuam direitos especiais, em detrimento muitas vezes dos direitos individuais.

Sem dúvida, a obra de RAWLS (tanto como a de DWORKIN, por exemplo) encarna um individualismo dos direitos pessoais, parece ser a melhor configuração que uma Teoria Constitucional pode assumir. De fato, no tocante, especificamente, à Teoria Constitucional, a idéia de que a validade dos direitos fundamentais se sustenta em critérios universais, resulta muito mais segura e compatível com a democracia constitucional.

Os direitos liberais só não podem dizer nada a pessoas que, mais do que conceberem suas identidades pessoais como fortemente vinculadas a certos compromentimentos, percebam-se como eus ‘radicalmente situados’. Imagine uma sociedade em que todos ou quase todos os indivíduos derivem sua identidade pessoal, e critérios de conduta em relação aos demais, da participação em uma determinada comunidade, do exercício de papéis sociais preexistentes, e da devoção exaltada a uma concepção de boa vida; e em que, em consequência, nenhum espaço reste, por menor que seja, à deliberação, à escolha e à responsabilidade individuais. Digamos, uma sociedade em que sou o que sou porque pertenço a uma dada comunidade político-religiosa e porque empenho o

<sup>57</sup> Aquí es donde los liberales políticos difieren de los libertários. Reconocemos, y ellos no, que el punto de partida de cada ciudadano en la vida es configurado de un modo omnipresente por la familia, el sistema educativo, la distribución de riqueza, la institución de la propiedad privada y la organización del mercado. Los liberales se niegan a tratar estas insituciones básicas como si fueram producidas por una mano invisible que se tiene desde el estado de naturaleza. Insistimos en someterlas al control democrático.

melhor de mim mesmo (e zelo para que os outros façam o mesmo) em praticar uma vida de sacrifício pessoal, heroísmo ou martírio religioso. Tratar os outros de forma justa nesse caso não tem, evidentemente, nenhuma relevância: outros fazem o que é certo somente se adotam o mesmo modo de vida que eu. Aqui a justiça liberal se defronta como intransponível (VITA, 1993, p.119).<sup>58</sup>

Com efeito, na Teoria Rawlsiana dos Direitos Fundamentais, fica claro que ela atinge uma possibilidade de consolidação dos direitos e liberdades que outras teorias não conseguem atingir. Na defesa de RAWLS, pode-se apontar, ainda, para os argumentos levantados por KATEB (1993:205), *a individualidade democrática é, talvez, se não provavelmente a melhor realidade e a aspiração que uma cultura pode desenvolver onde os direitos são continuamente violados e, portanto, podem ser sistematicamente apreciados e reconhecidos [juridicamente]*<sup>59</sup>. E mais, se bem lida a obra de RAWLS -atitude que a maioria dos comunitaristas não tem- poder-se-á perceber que o autor não recusa a possibilidade de valores particulares, apenas diz que a Constituição, que é vinculada à sua universalidade, é o lugar da liberdade. Por outro lado, deve-se entender que a idéia de uma *concepção política de justiça* é associada à subscrição de valores mínimos, que são o conteúdo do *overlapping consensus*: e justamente por serem valores mínimos, é que se podem considerar transculturais e objetos de

---

<sup>58</sup> Outro limite importante da teoria da justiça de RAWLS à validade dos direitos fundamentais é o seguinte: *podemos voltar agora à questão da validade transcultural da justiça liberal*. Veja-se um exemplo prático: as mulheres no Afeganistão são continuamente submetidas a tratamentos desumanos, tais como mutilações, apedrejamentos, enfim, práticas que a sua *comunidade* considera legítimas e que, inclusive, deveriam constituir a identidade dessas mulheres. Acredita-se que nenhum comunitário, em seu juízo perfeito, pudesse sustentar que tais práticas devessem ser mantidas, por estarem incorporadas à sociedade. Por outro lado, deveria ser proibida a prática do homossexualismo entre adultos pelo simples fato de não ser uma 'prática' corrente em determinadas sociedades? Também parece evidente que não. Onde está o problema, então, do comunitarismo e, por que o liberalismo individualista e universalista é muito mais condizente com uma Teoria Constitucional? O problema está em que os comunitários estão assentados sobre uma falácia, que é a idéia de comunidade, como sendo aquela que determina a identidade e os objetivos dos indivíduos. Por outro lado, o comunitarismo não é compatível com uma Teoria Constitucional, pois todas as idéias de direitos comunitários implicam restrições dos direitos individuais. E a proteção aos direitos fundamentais, dos quais a dos indivíduos é sem dúvida prioritária em sociedades marcadas pelos descrédito democrático, é sempre prioritária.

<sup>59</sup> Es el hecho de que la indiidualidad democrática es tal vez no sólo probablemente la mejor realidad y apriración que se desarrolla o puede desarrollarse de una cultura en la cual los derechos personales y políticos son continuamente violados y son sistemataicamente apreciados y reconozidos.

um consenso. Tais valores seriam a justiça distributiva, a liberdade, a igualdade, a proteção aos direitos humanos e o império da lei.

RAWLS não nega em momento algum a existência de valores democráticos secundários e que ele seriam relevantes em casos locais, como, por exemplo, nações compostas de muitas minorias. A questão está ainda em perceber que nenhum ideal democrático pode ser um ideal fechado em si mesmo. Os valores primários sempre devem deixar espaço à realização de valores secundários. Se entendida de uma forma adequada, a teoria da justiça liberal não se contrapõe a comprometer-se com duradouros nem a valores secundários. Para RAWLS, este conflito está assentado em uma falácia, pois contextualização e universalização não são necessariamente princípios conflitantes.

Pode-se concluir aqui, citando ALTABLE (1995:134): *que as críticas comunitaristas, se bem colocaram um desafio para o pensamento liberal contemporâneo, no âmbito do projeto normativo da modernidade, suas análises das concepções liberais não foram muito acertadas, especialmente, a de RAWLS, que demonstrou que o liberalismo contemporâneo pode incorporar algumas das críticas comunitárias sem renunciar a seus postulados básicos –a defesa da liberdade, a reivindicação dos direitos individuais, o pluralismo e a tolerância.*<sup>60</sup> Ainda em relação a RAWLS, pode-se afirmar que, tanto os comunitaristas estão equivocados que, fora dessa cultura, realmente a obra de RAWLS torna-se pouco compreensível, ingênua ou qualquer outro adjetivo que lhe tenha sido dado. Pode-se negar, desta forma, a acusação de TAYLOR: RAWLS não está alienado de sua cultura, mas é um crítico mordaz da sociedade americana, do seu sistema judicial e constitucional. Dessa forma, por mais que a atividade realizada por RAWLS não atenda as expectativas dos filósofos, não se pode negar que se trata de uma atividade de reflexão profunda, centrada na preocupação com a democracia. A questão final no constitucionalismo saxão é o indivíduo, é o seu bem-estar que

---

<sup>60</sup> Podemos concluir que las críticas comunitaristas, si bien han supuesto un desafío para el pensamiento liberal contemporáneo, para el proyecto normativo de la modernidad, no han estado muy acertadas en sus análisis de concepciones liberales de RAWLS, que há mostrado que el liberalismo político contemporáneo puede incorporar algunas de las críticas comunitarias sin renunciar a sus postulados básicos –la defensa de la libertad– la reivindicación de los derechos individuales, la pluralidad y la tolerancia.

decide, e como consequência do bem-estar deles, tem-se o bem estar da sociedade, pois esta nada mais é do que a soma de todos os indivíduos.

Do até aqui exposto, ficou claro que a *justiça como equidade* contém os seguintes elementos constitucionais: a) definição do constitucionalismo como movimento histórico de limitação do poder; b) enunciação dos conceitos essenciais do constitucionalismo; c) preocupações 'constituintes'; d) conceito de Lei Fundamental, entendida como Constituição-Garantia; e, finalmente, e) teoria dos direitos fundamentais. Este resumo do que foi dito até aqui tem como finalidade, por um lado, recuperar a idéia que move este trabalho (e que está em curso): a caracterização da obra de RAWLS como Teoria Constitucional, para poder dar continuidade ao mesmo. Por outro lado, pretende-se recuperar a idéia rawlsiana de elementos constitucionais essenciais para verificar de que forma o autor contempla outro dos elementos centrais do constitucionalismo, que é uma das funções primordiais da Constituição: *a limitação e organização do poder político*.

Nesse sentido, a primeira observação a ser efetuada é a de que RAWLS se aproxima da Teoria Constitucional, não porque sustenta a mera defesa da limitação do poder, mas, especialmente, porque o faz através de mecanismos constitucionais, tanto em *Uma Teoria da Justiça* quanto no *Liberalismo Político*. Essa temática assume uma grande relevância em RAWLS, pois a limitação do poder político através do *império da lei (rule of law)*<sup>61</sup> tem para ele a função de dar substantividade aos princípios da justiça, já que *a vida política, as instituições políticas, estão dentro do pensamento de RAWLS a serviço dos direitos fundamentais dos cidadãos e têm como objetivo garantir um marco constitucional que possibilite a cada indivíduo ou grupo ir constituindo o que ele considera vida*

---

<sup>61</sup> KUKATHAS e PETTIT (1995: 36) afirmam que o império da lei [em RAWLS] é geralmente contraposto ao domínio de uma governação caprichosa; pretende-se com essa expressão significar uma organização em que todos são iguais perante a lei e todos sabem qual a sua situação perante a lei, sabendo o tratamento que podem esperar se assumirem um comportamento ou outro. Trata-se das condições para garantir o legítimo exercício do poder político que equivale à teoria da legitimidade do poder político.

*boa* (ALTABLE, 1995: 125).<sup>62</sup> Para isso, o Estado precisa manter-se, como já foi dito, neutro às pretensões de quem quer que seja. Para a Teoria Constitucional Rawlsiana, a idéia de limitação e organização do poder político é sempre, portanto, uma questão de legitimidade e justiça.

Em *Uma Teoria da Justiça*, a questão dos requisitos para garantir a legitimidade do Estado, constitui-se uma parte bastante restrita da obra, e, portanto, o autor não faz grandes considerações em relação ao assunto. Limita-se a dizer que devem ser adotados, ainda na convenção constituinte e sob o véu da ignorância, porquanto, seriam decorrentes da escolha efetuada na posição original, certas restrições (que podem ser à atuação do Estado, à regra da maioria ou aos Tribunais) cuja função principal é garantir que o princípio da liberdade igual não seja sabotado através da sua própria regulamentação.<sup>63</sup> *O princípio da liberdade igual exige que os cidadãos tenham oportunidade de participar do processo político daquilo a que se chama democracia constitucional. Mas a liberdade também exige controle dos poderes* (KUKATHAS e PETTIT, 1995: 67).

Para RAWLS, esse controle deve ser efetuado pelos mecanismos tradicionais do constitucionalismo: bicameralismo, separação de poderes conjugada com um sistema de freios e contrapesos, um sistema de representação equitativo, o acesso equânime –pelo menos em caráter formal- a todos os cargos eletivos ou públicos, a existência de princípios genéricos e de aplicação universal e, finalmente, uma carta de direitos corretamente aplicada pelos tribunais. A estes últimos requisitos é que o autor denomina de justiça como regularidade ou justiça formal.

---

<sup>62</sup> La vida política, las instituciones políticas, están dentro del pensamiento rawlsiano al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y tienen como objetivo no definir a priori lo que es la 'vida buena', sino garantizar un marco institucional que posibilite a cada individuo el ir construyéndose lo que para cada uno es su ideal de 'vida buena'.

<sup>63</sup> O princípio da liberdade igual é uma 'cadeia' ou um círculo, como já foi dito, em RAWLS, pois é o princípio que a ajuda RAWLS a garantir a justiça como equidade: cada momento da teoria de RAWLS tem que ser marcado pela equidade. Desde a escolha dos representantes da posição original, aos mecanismos que estão na Constituição pois é deles que irá resultar a legislação infra-constitucional que deve ser igualitária e, por sua vez, a tomada de decisões (tanto de caráter jurídico quanto de caráter político); portanto, em RAWLS a garantia da legitimidade e organização do poder tem como foco principal a participação igual. É dela que deve surgir o limite ao exercício do poder político.

Em *Uma Teoria da Justiça*, ainda, RAWLS expressa a necessidade de mecanismos relevantes que devem ser incorporados ao sistema constitucional. Tais mecanismos estão presentes desde a origem do constitucionalismo, com a função de preservar a legitimidade do poder político do Estado.<sup>64</sup> Segundo RAWLS (1997:249-251), esses procedimentos servem para limitar a extensão da participação igual sem comprometer a liberdade política igual. E são de três tipos: restrição do alcance da regra da maioria, ou seja, as questões que a maioria não pode tocar;<sup>65</sup> previsão de mecanismos para estipular um estado de exceção, visando à proteção da liberdade e, finalmente, uma estrutura política que possa patrocinar, através de um processo político justo, uma distribuição de recursos imparcial para evitar que *as desigualdades do sistema socioeconômico possam solapar qualquer igualdade política que possa ter existido em condições historicamente favoráveis* (RAWLS, 1997: 247).

Objetivamente, se pensada unicamente a partir dos mecanismos de defesa das suas instituições, a teoria da proteção da Constituição, em *Uma Teoria da Justiça*, não é muito determinada. O fato não é surpreendente, uma vez que, de acordo com a tradição constitucional americana, em que, nas palavras do autor, *tem-se uma tradição de duzentos anos de democracia* (RAWLS, 1996: 234), os mecanismos já existentes na tradição liberal são suficientes para conter os abusos do poder. É por isso que a principal preocupação de RAWLS é para com os princípios: eles devem guiar a legislação e as práticas decisórias que devem representar as convicções sobre o que é justo ou injusto em um determinado momento político. Essa posição fica bastante evidente, na *Uma Teoria da Justiça*, pois RAWLS realmente não aprofunda muito mais essa questão. Como se viu no

---

<sup>64</sup> Ver Capítulo I.

<sup>65</sup> RAWLS inova nesse momento, verificando de que forma essas limitações são compatíveis com a justiça como equidade. Assim, para ele, fica claro, já na convenção constituinte: a restrição na liberdade deve servir para assegurar a própria liberdade. Tal como se verá em seguida, trata-se de limites à reforma da Constituição. Aqui pode-se expressar uma das maiores dificuldades encontradas na formulação deste trabalho. Pelo fato da formação de uma Teoria Constitucional ser um trabalho de reconstituição e esses conceitos estarem dispersos na sua obra, muitas vezes foi preciso desmembrá-los, pois o autor os usa para trabalhar várias questões em sua obra. Assim, ainda que em determinado momento eles pareçam incompletos, alguns deles serão retomados mais adiante. Este é o caso da regra da maioria que está presente nas discussões sobre o controle de constitucionalidade em RAWLS e nas discussões sobre a democracia constitucional.

Capítulo III, ele acredita que os cidadãos, por possuírem um senso de justiça, sempre devem agir em conformidade com ele.

Não é o caso, entretanto, do *Liberalismo Político*. Aqui, embora a afirmação possa causar perplexidade e surpresa, é possível dizer que o sentido global dessa obra é o de uma teoria da limitação e legitimidade do poder político. Para compreender a extensão da assertiva, há que se ter em mente as críticas efetuadas ao trabalho de RAWLS, já devidamente apontadas no Capítulo anterior, além do objetivo do professor no momento em que elabora a obra: como é possível sustentar uma doutrina abrangente e ao mesmo tempo sustentar que não seria razoável utilizar o poder do Estado para que todos os que não a sustentam não a ataquem? Para o autor, a idéia de se sustentar como fundamental uma única doutrina abrangente é equivalente ao totalitarismo e, portanto, a um exercício desmedido do poder coercitivo do Estado.

A questão subjacente no *Liberalismo Político* é que o fato do pluralismo (especialmente o pluralismo razoável) implica, necessariamente, a limitação e na legitimidade do poder político e, embora isto não esteja, textualmente, formulado na sua obra, pode facilmente ser deduzido de suas elucubrações. Veja-se o que diz RAWLS (1996: 137), no tocante à possibilidade da realização do *Liberalismo Político*:

O exercício do poder político é plenamente apropriado somente quando o exercemos em concordância com uma Constituição: cujos princípios essenciais todos os cidadãos livres e iguais podem razoavelmente subscrever à luz de princípios e ideais aceitáveis por sua razão humana comum. Este é o princípio liberal da legitimidade. A isso se agrega que todas as questões que aparecem na legislação atinente (ou de alguma forma vinculada) aos elementos essenciais da Constituição, ou às questões básicas da justiça, devem ser resolvidas, sempre que seja possível, de forma semelhante. Somente uma concepção política que todos os cidadãos possam subscrever pode servir de fundamento a razão pública e sua justificação<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Together these values express to the liberal political idea that since political power is coercitive power of free and equal citizens as a corporate body, this power should be exercised, when constitutional essential and basic question of justice are at stake, only in way that all citizens can reasonably be expected to endorse in the light of their common human reason. Political liberalism

Com efeito, considerando-se os principais elementos que compõem o *Liberalismo Político*: o conceito de razoável, a idéia de *burdens of judgment*, a função de razão pública e overlapping consensus verificar-se-á que todos confluem para a tentativa da limitação do poder político, pois somente um poder limitado é um poder legítimo.<sup>67</sup> Pode-se dizer, inclusive, que a concepção política de justiça é uma teoria da limitação justa (porque legítima) do poder político. De fato, o pluralismo não pode existir sem limites ao poder: *onde existe uma pluralidade de doutrinas razoáveis, é irracional, ou ainda pior, desejar utilizar sanções advindas do poder do Estado para corrigir ou castigar aqueles que não estariam de acordos com nossas opiniões* (RAWLS, 1996: 138).<sup>68</sup>

Essa afirmação pode ser confirmada, em RAWLS, através da argumentação que ele constrói e que vai do razoável até o overlapping consensus.

As pessoas razoáveis vêem que o *burdens of judgment* coloca restrições ao que pode ser razoavelmente justificado perante os outros e, por isso mesmo, endossam alguma forma de liberdade de consciência e autonomia de pensamento. E, acreditam que não é razoável que se usemos o poder político se dispusermos dele para reprimir visões abrangentes que não deixam de ser razoáveis. (...) Não há razão, portanto, para qualquer cidadão ou associação de cidadãos ter o direito de empregar o poder coercitivo do Estado para decidir fundamentos constitucionais ou questões básicas da justiça segundo as diretrizes da doutrina abrangente desse cidadão ou associação de cidadãos. (...) Observe-se que, aqui, ser razoável não é uma idéia epistemológica (embora insira os elementos epistemológicos). É, melhor dizendo, parte de um ideal político de cidadania democrática que inclui a idéia de razão pública. O conteúdo desse ideal compreende aquilo que cidadãos livres e iguais podem razoavelmente exigir uns dos outros, ou seja, o respeito às suas visões abrangentes e razoáveis. (...) Um regime constitucional não exige uma base de acordo em relação a uma

---

tries, then, to present an account of this values as those of special domain –the political– and hence as a freestanding view.

<sup>67</sup> Estes elementos já foram caracterizados e definidos no capítulo anterior. A utilização que RAWLS faz de alguns deles oferece algumas contribuições importantes para a Teoria Constitucional e, portanto, serão objeto de análise no item 4.3. O que se pretende agora, é caracterizar o Liberalismo Político enquanto uma teoria da legitimidade (limitação do poder político) e assim prosseguir com os encargos propostos para esta tese.

<sup>68</sup> When there is a plurality of reasonable doctrines, it is unreasonable or worse to want to use the actions of state power to correct, or to punish who disagree with us.

dada doutrina abrangente: a base de sua unidade está em outro lugar.(...)no overlapping consensus (RAWLS. 2000a: 105-108)<sup>69</sup>.

Várias são as conclusões que podem ser daí extraídas. Primeiro, há que se perceber que, para RAWLS, o Estado é associação constituída por cidadãos livres e iguais. Sua função primária é regulamentar e garantir a busca dos interesses morais ( a realização racional do bem) de cada indivíduo, na maioria das vezes, determinado pela teoria abrangente que subscrevem. Ocorre que, tal como foi visto no Capítulo III, o autor estipula um único limite para a realização desse bem: o da prioridade da justiça. O papel do Estado seria, então, garantir o pluralismo razoável inerente a uma sociedade liberal, exercendo este poder no único e exclusivo sentido de preservar os princípios da justiça e dentro dos limites do overlapping consensus –este subordinado ao exercício do poder político-.

A investigação do entendimento rawlsiano a respeito do exercício do poder político, suas relações com a liberdade e legitimidade, não estaria completa se não se mencionasse o fato de que, neste momento, o autor retoma os termos de ROUSSEAU e KANT: a liberdade consiste em agir de acordo com a lei que o povo criou para si mesmo (ver Capítulo I), porém, no caso de RAWLS, a liberdade e a legitimidade do poder estariam em agir de acordo com os princípios da justiça que os indivíduos se deram a si mesmos. Do fato de os princípios serem legítimos e todos esperem que todos se comportem da mesma forma, aparece, então, a idéia de RAWLS: o poder coercitivo só pode ser exercido quando estão em jogo os elementos constitucionais essenciais e os principais arranjos das instituições básicas da justiça, ou seja, os dois princípios da justiça.

O conceito de Constituição e seus derivados, em RAWLS, não carece, por ora, de maiores detalhes.<sup>70</sup> De fato, trata-se de uma compreensão bastante objetiva, por assim dizer, e que não desencadeia outras dificuldades. Uma avaliação inicial dessa noção permite afirmar que, se considerada diante do

---

<sup>69</sup> O exercício do poder político que cabe à Constituição, segundo RAWLS, em um regime constitucional está subordinado a idéia de um overlapping consensus: só será legítimo se respeitar as totalidade das doutrinas compreensivas razoáveis

<sup>70</sup> Retornar-se-á a ele nos próximos itens, especialmente, pela discussão envolvendo os direitos fundamentais.

impacto que foi o advento da Constituição material, o conceito de RAWLS é bastante limitado e até mesmo conservador, mesmo considerando que o Estado deve ser (em alguma medida) distributivo ou até mesmo interventor (aliás, RAWLS nega que seu Estado seja um mínimo nos termos, por exemplo, de NOZICK), pois não cabe à Constituição fornecer os instrumentos para tal, cabe, antes, contê-los. Se lido, entretanto, de um ponto de vista liberal, pode-se dizer, por outro lado, que o autor propõe um avanço considerável. Ele reconhece que a realização da liberdade exige muito mais que a própria liberdade, reclama que se reconheça o seu valor, mas considera que é esta uma tarefa da legislação. Ao fazer isso, reduz e fortalece a Constituição, concomitantemente, pois, de um lado impede que seja desconsiderada cada vez que a justiça distributiva não se realiza, mas, por outro, assegura muito mais eficazmente o indivíduo, garantindo-lhe a certeza da liberdade.

Não se quer, neste momento, fazer uma apologia da Constituição mínima. Propõe-se, ao contrário, a defesa dos direitos constitucionais à igualdade; é uma das principais conquistas da democracia recente e, negá-los, acredita-se que seja um dos mais 'problemáticos' aspectos da *Teoria Rawlsiana da Constituição*. Pois, embora considerada a distinção conceitual entre liberdade e valor da liberdade bem como a idéia de que, localizados na legislação infraconstitucional, os direitos sociais terminam por proteger a Constituição, não consegue mascarar que seu conceito de Constituição é formal, muito semelhante, inclusive aos de JELLINEK ou KELSEN. Basta lembrar a crença desses juristas na possibilidade de submeter a vida do Estado a um ordenamento jurídico que contenha os direitos fundamentais, sendo que, além dessa característica, o que determina o seu caráter de lei fundamental é o fato de ser o fundamento de toda ordem jurídica.

O sentido que RAWLS dá à Constituição não é muito diferente. O que o distancia deste novo modelo liberal é que, para o professor americano, toda a vida do Estado deve ser guiada pelos princípios da justiça que informam a concepção pública da justiça (conteúdo do overlapping consensus) e, por sua vez, delimita e submete a atuação do poder público a sua observância. Pode-se alegar que o fato de submeter a limites de justiça, aproxima esta Constituição de uma Constituição

material. Intuitivamente, a resposta parece contradizê-lo, pois, inclusive, este não seria o desejo nem a concepção de RAWLS. Esta será, contudo, uma discussão *a posteriori*,<sup>71</sup> uma vez que algumas questões conceituais pertinentes ficaram por discutir.

#### 4.1.2 Validade e eficácia das normas constitucionais, Interpretação constitucional e Controle de constitucionalidade: elementos distintivos na teoria de RAWLS.

A *Teoria Rawlsiana da Constituição* foi caracterizada, até aqui, de forma bastante incipiente, pois, além de todos os elementos já esquadrihados, é possível extrair muito mais da obra de RAWLS. Com efeito, neste momento, verificando-se a existência de elementos mais ‘sofisticados’ (na falta de uma palavra melhor) há que se perguntar pela extensão e alcance dessa teoria. Esses elementos seriam a validade e eficácia das normas constitucionais, interpretação constitucional, controle de constitucionalidade e direitos fundamentais. Esta última parte, entretanto, já foi objeto de análise no item anterior devido a sua inexorável relação com os direitos e as liberdades básicas em RAWLS. Falta considerar, assim, as outras categorias mencionadas.

A questão que parece mais evidente é a teoria das normas constitucionais, ou melhor, a vacância de uma teoria das normas constitucionais na *Teoria Constitucional Rawlsiana* parece facilmente explicável. Uma breve passada neste trabalho, mostrará que o problema das normas surge quando a Constituição assume para si a tarefa de realizar o Welfare State e, portanto, passa a incorporar os direitos sociais ao seu texto, assunto abordado de forma mais detalhada, no

---

<sup>71</sup> O que falta é saber se estes princípios são realmente materiais ou meras regras de conduta que de denominam princípios da justiça. Esta problemática, entretanto, será abordada inicialmente, quando da análise das filiações epistemológicas da obra do autor e, ainda, quando das relações entre a Teoria Rawlsiana da Constituição e a democracia constitucional.

Capítulo II, a partir da análise das obras de SCHMITT e HELLER. Cabe aqui, somente, relembra-las.

Naquele capítulo, foi dito que os direitos sociais têm uma estrutura constitutiva distinta dos direitos da liberdade, já que eles não representavam, à época, direitos propriamente ditos, mas meras intenções do constituinte –o que se poderia chamar de programas de ação para o Estado–, de onde vem a idéia de programaticidade constitucional.<sup>72</sup> Pois bem, enquanto os direitos da liberdade determinavam uma retração na atuação do Estado, os da igualdade, exigiam dele, por seu turno, prestações positivas, ou seja, uma intervenção estatal que viabilizassem a sua concretização. De acordo com SCHMITT; tratava-se de um *novo ethos político* que poderia produzir grandes renovações no constitucionalismo liberal.<sup>73</sup> Esse *novo ethos*, contudo, padecia várias limitações, em particular, a ausência de *garantias jurídicas* para assegurá-lo.<sup>74</sup> Já em HELLER, dada a sua defesa do Estado Social, a Constituição deve projetar um programa de ação para o futuro, auxiliando a construção de um Estado mais igualitário. Com esse intuito, dever-se-iam utilizar os mecanismos criados pelo Welfare State –em especial as normas constitucionais programáticas.<sup>75</sup> Tal como se viu,<sup>76</sup> para o jurista alemão, o problema dessas normas constitucionais é, contudo, algo diverso: são proposições para o futuro que indicam os caminhos da renovação do Estado e precisam ser sociologicamente assegurados. O que os une, entretanto, é o que se considera a marca do constitucionalismo material: direitos da igualdade são direitos constitucionais que, entretanto, têm uma estrutura

<sup>72</sup> A questão que ajuda a elucidar melhor os motivos da recusa à juridicidade dos direitos da igualdade e a origem histórica dos mesmos foi desenvolvida no Capítulo I, e a compreensão das questões aqui enunciadas as pressupõe.

<sup>73</sup> Segundo ele, isto jamais se concretizou. Ver Capítulo II.

<sup>74</sup> Deve-se lembrar que SCHMITT fala em garantias institucionais. Por outro lado, só recordando, esta seria uma das causas pelas quais RAWLS recusa a presença de direitos da igualdade na Constituição. Da mesma forma que SCHMITT, embora jamais se refira a ele, o autor acredita que impossibilidade material de oferecer eficácia jurídica aos direitos fundamentais enfraquece a Constituição. Ressalte-se, contudo, algo que parece evidente. Os motivos que levam um e outro a afirmar tal questão tem origens ideológicas diversas: em RAWLS é a defesa do liberalismo, em SCHMITT é a denúncia da ineficácia do liberalismo.

<sup>75</sup> Deve-se lembrar que HELLER é um social-democrata, com inclinações muito suaves para o marxismo, sem, contudo, deixar de ser um liberal, e, portanto, não pode deixar de ver no Estado um instrumento de construção da igualdade, através dos instrumentos constitucionais.

<sup>76</sup> Remete-se, novamente, ao Capítulo II.

jurídica diversa dos direitos fundamentais da liberdade. Trata-se de direitos que dizem respeito aos programas de ação do Estado e não se segue que deles decorram instrumentos jurídicos para a sua exigência.

De fato, a perspicácia de ambos os juristas mostrou que, a seu tempo, o constitucionalismo europeu e seus congêneres enfrentou um problema nunca antes enfrentado pela Teoria Constitucional, que é a validade, a eficácia e a programaticidade das normas de uma Constituição. Há que se perceber que são as próprias contradições do constitucionalismo social e colocam em tela a força cogente da Lei Fundamental. É, portanto, a partir da necessidade de se pensar a respeito da validade e eficácia da normas programáticas que foi desenvolvida a chamada teoria das normas constitucionais, embora, evidentemente, ela não se reduza a essa questão, se bem que não a ultrapassa de forma muito marcante.<sup>77</sup>

Já deve ter ficado claro por que se afirmou, logo acima, que RAWLS não tem uma teoria das normas constitucionais ou sequer se preocupa com esse detalhe.<sup>78</sup> Com efeito, esta se desenvolve a partir da idéia de aplicabilidade e eficácia de direitos de segunda geração ou dos direitos da igualdade e, para o autor americano, estes não pertencem à seara constitucional. Além disso, um dos motivos para excluí-los é o fato de que a sua aplicação pode ser contingente –o que não ocorre com os direitos da liberdade, que devem ser resguardados juridicamente (ou não) a qualquer preço (veja a idéia da tolerância, objeção de consciência e desobediência civil)– é evidente que para RAWLS as normas constitucionais são sempre jurídicas e auto-aplicáveis e não há nisso, para ele, nenhuma controvérsia ou problema.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Sobre o desenvolvimento histórico da teoria das normas constitucionais ver Silva (1999) e DOBROWOLSKI (2001). Uma outra questão que está inserida nesta discussão é a divisão das normas em regras e princípios, questão esta que nem de longe aflige RAWLS, portanto, não será abordada.

<sup>78</sup> A argumentação que poderia ser feita para este 'lapso' de RAWLS é o fato do autor ser um filósofo e não um jurista. Sustento que esta argumentação não é válida, pois RAWLS é um profundo conhecedor dos trabalhos dos juristas DWORKIN, HART e ACKERMANN. Entre eles, especialmente, DWORKIN preocupou-se de sobremaneira com as normas constitucionais, inclusive em trabalhos citados por RAWLS, de onde se deduz que para o filósofo isto não se constitui num ponto de pauta relevante para a agenda constitucional.

<sup>79</sup> RAWLS despreza, inclusive, a divisão em normas constitucionais auto-executáveis e não auto-executáveis que deram origem da teoria das normas programáticas, formulada pela primeira vez nos Estados Unidos.

O mesmo não se pode dizer da interpretação constitucional em RAWLS. Com efeito, poder-se-ia pensar que, pelo fato de o professor de Harvard não ter uma teoria específica das normas constitucionais, e, restringir-se, unicamente, aos direitos e liberdades básicas cuja interpretação e alcance parecem mais pacífico, ele não teria, em seu sistema, uma teoria da interpretação da Constituição. Ocorre o contrário. Como se viu no Capítulo II, a interpretação, para o constitucionalismo formal, é mera subjunção da Lei Fundamental aos fatos, tratando-se, portanto, de uma simples operação lógica.<sup>80</sup> Essa, contudo, é uma falácia liberal, da qual RAWLS toma distância, demonstrando, em mais um momento, que suas relações com o liberalismo não o comprometem com o dogma amplamente superado de que determinadas normas constitucionais não carecem de interpretação. Veja-se, inicialmente, o que diz RAWLS (1997: 63):

A inevitável imprecisão das leis em geral, e a ampla gama permitida para a sua interpretação, encorajam uma arbitrariedade permitida na tomada das decisões que apenas uma submissão à justiça pode debelar. Assim, afirma-se que onde encontramos a justiça formal, o estado de direito e o respeito às expectativas legítimas, provavelmente encontraremos também uma justiça substantiva. O desejo de seguir as leis de forma imparcial e consistente, de tratar casos similares de forma semelhante, e de aceitar as conseqüências de aplicação das normas públicas, está ligado ao desejo, ou pelo menos à disposição, de reconhecer os direitos e liberdades dos outros e de compartilhar de forma justa os benefícios e os encargos da cooperação social.

O que se deve investigar, contudo, da mesma forma como foi feito em relação à categoria dos direitos fundamentais, é se, para além de preocupações com as imprecisões da lei, RAWLS tem uma *teoria da interpretação constitucional*. Trata-se, portanto, novamente, de verificar se, a partir de sua obra ou mesmo da (re)construção de sua teoria em termos constitucionais, é possível encontrar a referida teoria. Constatou-se que essa discussão ele não a negligenciou. Ela está presente, ainda que de forma distinta, tanto na *Uma Teoria da Justiça* quanto no *Liberalismo Político*.

---

<sup>80</sup> Ver Capítulo II, especialmente, no tocante a JELLINEK e KELSEN, bem como aos problemas decorrentes da interpretação constitucional.

Cumprir, antes de mais nada, uma descrição em linhas gerais de como se pretende formular a teoria da interpretação constitucional em RAWLS. Ela será edificada da seguinte forma: a) efetuar-se-á uma recuperação da categoria *sensu comum teórico dos juristas*; b) serão retomados os argumentos de RAWLS contra o intuicionismo e a idéia de DWORKIN de que a teoria de RAWLS é construtivista; c) em seguida, poder-se-á identificar o intuicionismo como algo muito próximo da interpretação fundada na tópica e no *sensu comum teórico dos juristas*; d) demonstrar-se-á como, mediante o recurso à posição original, será possível confirmar a teoria rawlsiana da interpretação, pois aquela pode ser vista como um procedimento recursal; e) finalmente, procurar-se-á verificar qual a colaboração que este método é passível de oferecer para fazer frente à crise de racionalidade que atravessa a Teoria Constitucional. Acrescente-se que esta discussão estará completa, unicamente, por ocasião da análise da relação Constituição/processo, que deve ser efetuada no próximo item. Logo após, deve ser contemplada a interpretação constitucional efetivamente proposta e delimitada por RAWLS no *Liberalismo Político*.

Já foi insistentemente destacado que RAWLS pretende, em *Uma Teoria da Justiça*, enquanto objetivo geral, construir uma alternativa às teorias que tradicionalmente têm dominado a filosofia anglo-saxã: o intuicionismo e o utilitarismo. Se, contudo, RAWLS centra-se e preocupa-se muito mais com o segundo, para os fins desta tese, deve-se retomar, pelo menos num primeiro momento, o intuicionismo<sup>81</sup> como uma prática interpretativa, que enfrenta, de um lado, um certo irracionalismo por parte dos Tribunais e, por outro lado, equipara-se ao denominado *sensu comum teórico dos juristas* (WARAT, 1995). Se forem tomadas sob um prisma epistemológico, ambas as questões têm uma raiz comum: a falta ou a negligência de uma teoria que sustente a prática. Com efeito, de

---

<sup>81</sup> Isto não quer dizer que RAWLS em alguma medida não sugira que o utilitarismo é um péssimo critério para a construção das decisões judiciais, pois estariam, da mesma forma que todos os seus postulados, sujeitas a cálculos de utilidade. As sentenças melhores ou mais justas seriam aquelas que tivessem um maior alcance social, sujeitando dessa forma os direitos fundamentais a cálculos de interesse. Nas aproximações que se buscam, não se pode deixar de reconhecer que há na atuação dos Tribunais um componente utilitarista bastante forte, mas este não é tão marcado como o intuicionismo que é o que povoa ou constrói o *sensu comum teórico dos juristas*.

acordo com o que se viu no Capítulo II, um dos maiores problemas que enfrenta neste início de século a Teoria Constitucional é o de obter decisões mais adequadas e pautadas por um critério de racionalidade que permita a construção de juízos homogêneos e regulares, proporcionando ao sistema jurídico uma almejada 'segurança' no momento de sua concretização. Isso implica, pelo menos num primeiro momento, que as sentenças interpretativas deixem de ser mera opinião dos operadores sobre determinadas contendas e pautem-se por uma sistematicidade/regularidade, auxiliando em alguma medida a construção da democracia constitucional.

Há que se começar, então, com a idéia waratiana (para depois comprovar como se aproxima do intuicionismo criticado na teoria rawlsiana) de *senso comum teórico dos juristas*.<sup>82</sup> Segundo WARAT (1995: 87-88), esse senso comum teórico é um dos desdobramentos dos processos argumentativos construídos a partir do pensamento tópico que se forma da possibilidade de substituir a verdade pela verossimilhança e formula suas afirmações à margem de demonstrações lógicas, sustentado exclusivamente pelo pensamento popular. Diz WARAT (1995:88):

Nos processos de argumentação jurídica, nota-se a necessidade de apoiar as premissas entimemáticas nas formas axiológicas dominantes. Os argumentos apenas resultam persuasivos, entre os juristas, quando não contradizem a ideologia dominante e as condições políticas que a sustentam. Isto muitas vezes encontra-se totalmente encoberto pela própria teoria da argumentação, favorecendo, desta forma, o valor dos argumentos jurídicos como estratégias de normatização. A argumentação jurídica, em seus aspectos legitimadores, é simultaneamente uma instância reprodutora de valores e tuteladora do politicamente produto-desejante. Assim, esse aspecto do argumento jurídico atende a três níveis retóricos: por seu intermédio justifica-se uma decisão, um sistema de

---

<sup>82</sup> Provavelmente, o autor não estaria de acordo com a possibilidade de superar o senso comum teórico dos juristas através da procura de uma certa racionalidade em prol da segurança jurídica. Esta, com certeza, então, o autor em tela acharia impossível atingir em qualquer grau. Da mesma forma, parece que, para o autor, assim como o senso comum quer esconder a ideologia que há por trás do sistema de dominação jurídica, ele não vê de forma diferente que o discurso científico é um discurso de dominação. Não se desconhece a grande razão que assiste a WARAT (1995), entretanto, se por um lado esta não é uma dimensão que se pretenda contemplar nesta pesquisa, por outro, o em que se acredita, e que se tenta discutir aqui, é a necessidade de um mínimo de racionalidade que permita realizar o sentimento ou a vontade constitucional, algo que se poderia chamar nas palavras de RAWLS (1996) de consenso constitucional. O quanto há nisto de dominação ou conservador é um assunto a ser discutido *a posteriori*.

crenças ideológicas e um conjunto molecular de práticas normatizadoras. No panorama legal, as premissas entimemáticas fundamentam-se não somente nas opiniões populares mas também no senso comum teórico dos juristas.

Pois bem, é esse senso comum teórico que povoa o imaginário dos juristas que precisa ser denunciado/superado. Se em tempos passados isso exigia a denúncia da impossibilidade de ultrapassá-lo, porquanto acarretaria a legitimação de um discurso de dominação da ciência tão duvidoso quanto a dominação do senso comum, atualmente urge (re)pensar um discurso a respeito do jurídico que, em sendo pautado em ideais de ética e justiça, possa, ainda que de forma incipiente, resgatar a legitimidade perdida do Direito, principalmente na regulação e concretização.

Em que medida essa problemática tem a ver com a interpretação? De que forma interessa à teoria de RAWLS? A primeira interrogação é de fácil resposta. Basta retomar o exposto no Capítulo II e perceber que a interpretação é um dos momentos mais importantes da prática constitucional e que o intento mais preciso de encontrar uma fórmula para atender às suas demandas tem sido a tópica, através de HESSE, MÜLLER e HÄBERLE.<sup>83</sup> Esse movimento, tornou permeáveis demais as decisões dos Tribunais, ocasionando a evasão da juridicidade da Constituição. E quanto a RAWLS? A diferença entre o senso de justiça que aparece através dos juízos ponderados em equilíbrio reflexivo e o senso comum sobre a justiça (ou as impressões sobre a justiça), que o autor identifica a partir do intuicionismo, como uma teoria moral ainda que insuficiente, faz aparecer a conexão. Já o senso de justiça é o verdadeiro sentido de justiça, aquele que é subjacente às sociedades democráticas e que aparece somente através da posição original, a partir do conceito de partes.

Com o apoio do até aqui exposto, parece lícito, então, comparar-se o uso indiscriminado do método tópico com o irracionalismo em seara da justiça. E mais: reafirma-se que o intuicionismo sustenta o senso comum teórico dos

---

<sup>83</sup> Também se tenta evitar neste momento a discussão interpretativista não interpretativista pois a posição de RAWLS não clama para essa discussão. Como todo liberal, para ele os limites da interpretação estão dados pela prioridade dos direitos e liberdades individuais.

juristas. De fato, pode-se até dizer que os Tribunais agem de forma intuicionista – entendida como teoria moral insuficiente para dar conta dos problemas éticos e de justiça. É aqui que se chega a RAWLS, mais especificamente, à teoria da interpretação constitucional sustentada na posição original da qual resultam os princípios da justiça que refletem o senso de justiça dos indivíduos, através dos juízos ponderados em equilíbrio reflexivo, numa sociedade democrática de cultura democrática, como um método construtivista das decisões judiciais, que permitiria superar, em grande parte, o senso comum teórico dos juristas (ou o intuicionismo) nas instâncias decisórias pois, por um lado, ele seria pautado por um esquema racional (a posição original) e, por outro, encontraria acolhida no profundo senso de justiça subjacente às práticas e tradições democráticas (o equilíbrio reflexivo).<sup>84</sup>

É importante que se diga, entretanto, que entre os liberais preocupados com a superação do estrito positivismo jurídico e com a tentativa de evitar um uso indiscriminado do poder discricionário do juiz, é DWORKIN quem tem mais destaque. Poder-se-ia alegar, portanto, que, pelo fato de o jurista americano ter-se pautado em RAWLS para a construção de sua teoria da resposta certa ou o direito com integração, RAWLS, teria, por isso, uma teoria da interpretação. Essa é, entretanto, a teoria de DWORKIN, não a de RAWLS, pois faz-se necessário lembrar que, neste trabalho, o objetivo é saber se há, no filósofo americano, uma teoria independente da de DWORKIN. Como se viu no Capítulo III, o professor de Harvard em pouco concorda com o jurista, apesar de agradecer-lhe muito as contribuições. Contudo, já nos textos posteriores de RAWLS, percebe-se que ele gosta tanto da idéia do construtivismo que passa a assumi-lo, mas essa é uma questão posterior à sua primeira obra. O que se busca agora é a *teoria rawlsiana de interpretação constitucional* contida em *Uma Teoria da Justiça*.

Com efeito, a existência da referida teoria encontra-se na posição original. Para constatá-lo, basta retomar suas características. A primeira delas é a existência

---

<sup>84</sup> Evidentemente a compreensão desta proposta implica os dados conceituais oferecidos no Capítulo III, que, por questão de organização metodológica, não precisam ser retomados neste momento. Em caso de dúvida, ver o referido Capítulo, no tocante, especialmente, à interpretação de *Uma Teoria da Justiça* posição original *versus* equilíbrio reflexivo.

dé uma situação de ignorância e igualdade, formulada com o objetivo de produzir resultados imparciais ou equânimes. Em seguida faz-se mister relembrar que RAWLS, através da referida posição original, está priorizando o processo em detrimento dos resultados, pois, se estes são fruto de um procedimento igualitário, os resultados assim o serão. Dessa forma, ela representa um recurso de reflexão ao qual os intérpretes da Constituição poderiam recorrer para obter decisões racionais. Nesse caso, a posição dos intérpretes equivaleria à das partes. E, ao raciocinar dentro dos limites que o véu da ignorância lhes impõe, poderiam atingir uma certa homogeneidade nas decisões.

Essa questão se torna evidente quando se percebe que, desde o momento fundacional de sua obra, como lembra CARRACEDO (1990: 155), RAWLS tratava de construir possibilidades de decisão para a ética. Em suma, tratava-se de elaborar uma teoria normativa da ciência (nos mesmos moldes do positivismo) dominante à época de seu primeiro artigo *Outline of decision procedure for ethics* (1951). Unicamente porque os resultados não se mostraram satisfatórios é que o autor começa a delinear novos contornos para a sua obra, com o auxílio do contratualismo de ROUSSEAU e KANT, sem jamais abandonar seus propósitos. Há, entretanto, alguns dados importantes nesse primeiro artigo do autor que, se por um lado não foram adiante como postura epistemológica, não foram abandonados na sua idéia constitutiva que estava baseada na procura de critérios de decisão. Com efeito,

RAWLS identifica o problema mais urgente da ética na procura de um procedimento de decisão, quase sempre aceito para a resolução de conflitos morais, do mesmo modo que a ciência possui nas regras da lógica indutiva um procedimento decisório para julgar as hipóteses ou as teorias alternativas. A argumentação de RAWLS vai dirigida a demonstrar que os princípios éticos devem ser justificados, como os critérios de indutivos devem ser validados (CARRACEDO, 1990:161).

O que RAWLS propõe, então, é um código ideal que inspire ou guie o ordenamento institucional, mesmo sem regulá-lo efetivamente. Adverte CARRACEDO (1990:165), entretanto, que mesmo que *RAWLS ainda não tenha*

*os princípios da justiça ele acredita, que [o problema da decisão sobre questões éticas] seja somente uma questão formal, de procedimento. E, eis que seu modelo procedimental é tomado diretamente da prática jurídica e judicial. De aqui, vê-se claramente, a gênese da justiça como equidade encontra-se na descrição completa de um processo de decisão na seara judicial: 1º para RAWLS deve se decidir o que é um juiz competente ; 2º quais os juízos morais que são válidos; 3º produzir um princípio heurístico que ofereça os resultados satisfatórios e 4º reduzir o campo de atuação na aplicação dos processos decisórios aos juízos éticos sobre a justiça das ações deixando de lado o valor moral das pessoas.<sup>85</sup>*

Parece evidente pelo desenvolvimento da obra de RAWLS, já antecipado no capítulo anterior, entretanto, que algumas dessas idéias se consideravam apenas,

de um primeiro esforço. Pouco depois da polêmica suscitada no âmbito da teoria da ciência, o descrédito progressivo da lógica indutiva (...) e o amadurecimento de seu pensamento o impulsionaram a sustentar seu método sobre outras bases teóricas mais sólidas e a apresentá-lo englobando um modelo ético político extremamente complexo e ambicioso. Porém, RAWLS nunca renunciou à procura de um procedimento de decisão para a ética e isso não deve ser esquecido na hora de compreender sua teoria, tanto num âmbito geral quanto no tocante ao equilíbrio reflexivo (CARRACEDO, 1990:165).

Essa caracterização, contudo, abre as portas para a consolidação do objetivo deste trabalho, pois, ao constar que a teoria do autor tem como gênese a procura de um critério de decisão e, ainda que, no decorrer de seu

---

<sup>85</sup> No artigo *Outline...* (RAWLS, 1999: 02-11), o autor explicita cada um destes critérios: a) em relação ao juiz competente: este deve ter inteligência normal, conhecer os fatos relevantes sobre o mundo, ser um homem razoável, ter interesse pelos conflitos humanos; b) em relação aos juízos morais válidos: o juiz deve ser livre nas suas opiniões, deve ser imparcial, saber que a decisão trata de um conflito real e não abstrato, o juízo deve ser ponderado e justificado, deve resultar de um convencimento subjetivo do juiz, deve ser estável e generalizável e deve ser intuitivo munido de reflexão; c) produzir um princípio heurístico que ofereça resultados satisfatórios: trata-se de 'construir' princípios sistemáticos –racionais e justificáveis– que possam ser aplicados de forma ampla e sistemática, pelos juizes competentes a partir dos que se elaborou o projeto. E, finalmente, d) deve-se afastar qualquer julgamento sobre o valor moral das pessoas. A questão é centrar-se nos comportamentos e nas ações, determinando ou não a sua justiça. De forma um tanto quanto descomprometida, pode-se demonstrar como esses elementos foram 'refinados' e deles emanaram o conceito de partes, de posição original, de justiça procedimental pura e de princípios da justiça com características de universalidade, generalidade, imparcialidade e publicidade.

desenvolvimento, tenha sido muito aprimorada e sofisticada, ela guarda relações íntimas com mecanismos processuais de decisões judiciais, algo bastante semelhante a uma das principais formas de entendimento da Teoria Constitucional como *'fonte de descoberta' das decisões, princípios, regras e alternativas, acolhidos por vários 'modelos constitucionais'* (CANOTILHO. 1998: 1188).<sup>86</sup>

Daqui se chega aos princípios da justiça: eles também devem ser entendidos como uma instância decisória, uma vez que, tal como se viu, há em RAWLS uma seqüência de quatro estágios de aplicação dos princípios, que começa com a Constituição e estende-se até as decisões judiciais, como a concretização final dos mesmos. Para o filósofo, a questão da regularidade e homogeneidade nas sentenças judiciais é o fulcro do Estado de Direito e de uma sociedade ordenada de forma a atender as demandas da justiça. Conseqüentemente, para RAWLS, *a administração regular e imparcial das normas comuns, transforma-se no estado de direito quando se aplica ao sistema jurídico. Um tipo de administração injusta é a incapacidade, por parte juizes e de outras autoridades, de aplicar a regra apropriada ou interpretá-la de forma*

---

<sup>86</sup> A questão que está posta neste momento é como se chega deste ponto inicial à idéia de justiça como equidade, ou seja, qual o trajeto que percorre o filósofo para desembocar na Uma Teoria da Justiça. E, por incrível que pareça, neste ponto intermediário, RAWLS, tem grandes proximidades com o utilitarismo –na versão de Stuart MILL–. Em *Two concepts of rules* (RAWLS, 1999b: 20) o autor sublinha a importância que existe entre *justificar uma prática e justificar uma ação particular que se encontra em seu interior*<sup>86</sup>. Isto põe manifesto a diferença, levantada pelo professor, entre o utilitarismo de atos e o de regras (que o filósofo considera o autêntico), que, por sua vez, dizem respeito a duas possibilidades: regras *summury* ou regras *practice* (RAWLS, 1999b:38-39). As primeiras são a memória de decisões anteriores que ao se repetirem acabam por formular uma regra de conduta. A concepção prática –que interessa a RAWLS- representa o inverso: as regras definem a prática. Para isto, entretanto, é importante que as regras sejam públicas e conhecidas para, inclusive, que possam ser passadas as futuras gerações que assim se podem levar em consideração a regra. Por outro lado, evita-se a 'casuísmo' de julgar as ações dentro de uma determinada prática. Devido, portanto, às exigências que se fazem em torno as regras práticas, o utilitarismo poderia até ser um critério de decisão judicial, mas nunca dentro da ética. Permanece, contudo, a idéia de prática ou, mais precisamente, a tentativa estabelecer regras antecipadas que permitam julgar questões éticas. É nesta procura que RAWLS abandona definitivamente o utilitarismo –tornando-se, inclusive, um crítico altamente mordaz- e constata que sua procura somente pode ser realizada trilhando os caminhos do contrato social para fornecer um modelo de justiça social. A outra questão de saber se efetivamente se trata de uma teoria de decisão para questões éticas terá uma argumentação poderosa na Uma Teoria da Justiça. Há, ainda, uma formulação intermediária. Neste período ( 1963-1971) RAWLS dedica-se a rebater as críticas -um dos passatempos preferidos do autor- e a ir aprimorando paulatinamente seu modelo, insere questões de economia, de psicologia, fala pela primeira vez em posição original e no véu da

*correta* (RAWLS, 1997: 257). Aqui, o importante é demonstrar que a justiça como equidade é, além de um princípio, uma teoria da decisão racional (*Liberalismo Político*, 1996) das decisões judiciais, independentemente das valiosas contribuições de DWORKIN.

A questão que se põe para finalizar é a seguinte: de que forma RAWLS contribui, como foi sustentado, para resolver um dos problemas de racionalidade da Constituição? Se a questão é abarcada de forma macro, essa contribuição talvez seja nenhuma ou mínima. De fato, o problema da hermenêutica em *Uma Teoria da Justiça* não está muito desenvolvido, e dificilmente poder-se-ia imaginar, a partir de RAWLS, obter uma resposta para controvérsias que envolvem os 'hard cases'. Nesse caso, o filósofo precisa do jurista.<sup>87</sup> Por outro lado, se pensada nas bases propostas para esta pesquisa – a superação da tópica como uma forma de intuicionismo que reflete o senso comum teórico dos juristas –, o autor tem algo a dizer. E isso é possível, pois ele inverte os pressupostos que constituem o senso comum teórico dos juristas e sustentam a interpretação na tópica: a ênfase não está nos resultados, e sim no procedimento.

Ao fixar-se na posição original, o autor exclui, em um momento inicial, o problema das respostas (por exemplo, se elas serão legítimas, apoiadas no bem comum ou sustentadas na democracia). Esse não é o problema que move RAWLS, pelo menos *a priori*. O autor acredita que, pelo fato de o recurso processual ser equitativo, os resultados assim o serão. Tal como se viu no Capítulo III, para o professor americano, não existem pontos firmes independentemente do resultado: é o procedimento que leva, inevitavelmente, à regularidade, e, por via de consequência, à substantivização da justiça. Dessa forma, todos se comprometem a aceitar como justo o resultado de um processo, independentemente de qual seja. Portanto, se considerado o fato de que no sistema rawlsiano não há respostas prévias e ainda, de que o resultado é feito a partir de

---

ignorância. Como já foi referido, para a compreensão detalhada desse período um excelente subsídio é fornecido por WOLF (1977) e CARRACENO (1990).

<sup>87</sup> Com efeito, parece pouco provável pensar qual seria a resposta de RAWLS – a partir da posição original – se considerados problemas como o aborto, a eutanásia, clonagem e outros. Sua fórmula de interpretação é bastante simples. Não há dúvidas de que supera o liberalismo tradicional, mas não se equipara, por exemplo, a DWORKIN.

um processo puro que tem na aplicação prática dos princípios seu centro gravitacional, pode-se afirmar que o autor tem um modelo processual de interpretação constitucional fundada nos princípios da justiça.

Algo bastante distinto ocorre no *Liberalismo Político*. Nessa obra, a questão da interpretação constitucional tem tópicos que lhe são dedicados exclusivamente. Por isso mesmo, está formulada de forma mais precisa e em conexão com o problema do controle de constitucionalidade (a última categoria que falta escrutinar nesta pesquisa). Aliás, é somente onde está prevista a possibilidade de fiscalização da regularidade das normas infra-constitucionais que está posto de forma concreta o problema da interpretação constitucional. Várias questões merecem relevância neste momento: se em *Uma Teoria da Justiça*, RAWLS ficava aquém de DWORKIN no tocante à hermenêutica, ele irá bem além nas exigências democráticas. Se, antes, sua teoria da interpretação era tímida e careceu ser ‘construída’, agora ele assume o problema da interpretação como uma das questões mais relevantes para a construção da democracia constitucional, propondo, inclusive, um método racionalmente criado e fundamentado. Finalmente, o mais importante: paradoxalmente ao abandono das pretensões de ser uma teoria da decisão racional, ele constrói uma teoria do controle de constitucionalidade. É o que se verá a seguir.

Inicialmente, cabe ressaltar, de acordo com CITTADINO (1999: 183), que *os argumentos liberais acerca da prestação jurisdicional estão organizados em torno de uma idéia central, segundo a qual uma democracia constitucional deve, sobretudo, assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, conferindo um papel proeminente à Constituição e ao sistema de direitos nela inscritos. Contra eventuais procedimentos majoritários que possam ameaçar a neutralidade liberal que assegura o espaço do desacordo razoável, a Constituição deve fixar um âmbito de liberdade imune a interferências externas indevidas*. Objetivamente, as colocações da autora são o fulcro para se entender o sentido da interpretação e do controle de constitucionalidade no *Liberalismo Político*. Em suma, todo o constructo de RAWLS, a respeito da interpretação e do funcionamento dos

Tribunais, está pautado pela construção de mecanismos que permitam a proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado e da maioria.

Para compreender as categorias em pauta, é importante que se esclareça que a concepção e as contribuições do autor, no tocante às preocupações em tela, são uma decorrência natural da idéia de concepção política de justiça, especificamente pensada para atender aos desígnios de uma democracia constitucional. Isso leva diretamente à idéia de pluralismo razoável e *overlapping consensus*: o primeiro é a marca das sociedades modernas e, portanto, também afeta o constitucionalismo atual, na medida em que a Constituição é o estatuto jurídico dessa sociedade. O segundo, é a proposta que RAWLS levanta para tentar demonstrar que é possível a convivência entre pessoas que sustentam doutrinas abrangentes e distintas entre si. Como é possível lembrar, o *overlapping consensus* representa uma convergência mínima de valores que todos estão dispostos a subscrever. Há que se procurar agora o papel que RAWLS atribui, nesse contexto, à Suprema Corte.

Em primeiro lugar, ela é um modelo de razão pública. Por razão pública entende RAWLS (1995:205):

A razão dos cidadãos em pé de igualdade que, como corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros, ao colocar em vigor e fazer emendas à Constituição. O primeiro ponto importante é que os limites que impõe a razão pública não se aplicam a todas as questões políticas, senão àquelas que implicam no que podemos denominar de elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. Isto significa que somente os valores políticos devem resolver as questões fundamentais como quem tem direito a votar, ou que religiões devem ser toleradas ou a quem deve ser assegurada a igualdade de oportunidades. Estas e outras questões semelhantes constituem o objeto especial da razão pública<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> La razón pública es la razón de los ciudadanos en pie de igualdad que, como cuerpo colectivo, ejercen el poder político final y coercitivo unos sobre los otros, al poner en vigor las leyes y al hacer enmiendas a su Constitución. El primer punto importante es que los límites que impone la razón pública no se aplican a todas las cuestiones políticas, sino sólo a aquellas que implican lo que pueden llamar de elementos constitucionales esenciales y cuestiones básicas de justicia. Esto significa que sólo los valores políticos han de resolver tan fundamentales cuestiones como: quién tiene derecho a votar, o qué religiones se habrán de tolerar, o a quién se asegurará la igualdad de oportunidades o la tenencia de propiedades. Estas y otras cuestiones semejantes se constituyen el objeto de la razón pública.

Como se vê, a idéia de razão pública está ligada a duas questões: por um lado, está a legitimidade do uso do poder coercitivo que envolve qualquer prática do Estado, inclusive, as decisões judiciais (que também são práticas coercitivas), pois exigem obediência de quem deve a elas sujeitar-se e, por outro lado, (porém interligada) a necessidade de fundamentar as decisões em princípios, uma vez que falar em justiça, principalmente no *Liberalismo Político*, é uma forma de tentar substituir o poder coativo por mecanismos de justiça.

Esse objetivo requer, para RAWLS, que os juizes justifiquem suas decisões. Segundo o autor, esse é um mínimo de legitimidade que não pode ser desprezado, se esta decisão está fundamentada em algum motivo que possa ser aceito por todos os destinatários da sentença. Dessa forma, por exemplo, se o argumento usado por quem decide provém de alguma teoria abrangente com a qual o sujeito/destinatário não concorda, por que devo obedecer-lhe? Um exemplo para compreender o alcance que RAWLS dá a essa questão poder ser colocado da seguinte forma: por quais motivos posso negar ou aprovar o direito ao aborto, nos primeiros meses de gestação? O autor diria que um argumento que se pautasse na vida e na personalidade do embrião desde o momento de sua fecundação não poderia ser usado contra a mulher, pois não passa no teste da universalidade. Trata-se de um argumento de caráter religioso que se apóia em argumentos que não podem ser aceitos como verdadeiros de forma pacífica, e portanto, não podem ser usados contra quem não os subscreva.

Em termos gerais, o que o professor quer dizer é que nenhuma decisão pode estar sustentada em pontos que são profundamente contraditórios na sociedade. Para RAWLS, qualquer decisão deve ser tomada levando em consideração os pontos fixos que constituem os julgamentos de justiça, formulados na base do consenso normativo que qualquer comunidade política democrática possui. As decisões devem ser tomadas e justificadas, então, a partir de uma concepção política de justiça que todos possam referendar e aceitar como justa, quando usada como suporte para o uso do poder coercitivo.

O que se busca, agora, é estender os argumentos apresentados às decisões constitucionais, de forma que se possam resolver questões básicas num Estado

Constitucional. E, quando os valores constitucionais estão em discussão, diz RAWLS, somente se pode resolver o problema apelando para valores democráticos da tradição ocidental, ou seja, para aqueles que constituem o *overlapping consensus*. Com essa argumentação, RAWLS pretende demonstrar que a Constituição é um procedimento político justo, compatível com a concepção política de justiça, precisamente porque tem a função de realizar os valores da razão pública (CITTADINO, 1999:184). E é à Suprema Corte que cabe o exercício da razão pública, em nível de Constituição: *a razão pública é muito apropriada para ser a razão da Suprema Corte, ao exercer seu papel de intérprete judicial mais alta, e segundo, que a Suprema Corte é o ramo do governo que serve de entidade exemplar da razão pública* (RAWLS, 1995:220).<sup>89</sup> Isso, na opinião do autor, tem um sentido bastante particular que precisa ser bem esclarecido:

Dizer que a Suprema Corte é a entidade exemplar da razão pública significa também que é tarefa dos magistrados tratar de elaborar e expressar em suas opiniões razoáveis a melhor interpretação da Constituição que possam dar, utilizando-se de seus conhecimentos sobre a aplicação da Constituição e dos casos constitucionais precedentes. De acordo com isto, a melhor interpretação é aquela que se ajusta ao corpo das leis pertencentes a esses materiais constitucionais e que se justifique em termos da concepção pública de justiça ou de uma variação razoável dela. Ao fazer isto, espera-se que os magistrados recorram aos valores políticos da concepção política de justiça, sempre que a Constituição mesma invoque expressa ou implicitamente estes valores, como ocorre, por exemplo, quando aparecer uma decisão em torno da proteção do exercício livre da religião ou a proteção de leis para todos. O papel da Suprema Corte nisto é parte do público da razão em um aspecto mais amplo, educativo, da razão pública (RAWLS, 1995: 224)<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> La razón pública es muy apropiada para ser la razón de la Suprema Corte, al ejercer ésta su papel de intérprete judicial más alta, pero no de intérprete última de la ley más alta, y segundo, que la Suprema Corte es la rama gubernamental que sirve de entidad ejemplar de la razón pública.

<sup>90</sup> Decir que la Suprema Corte es la entidad ejemplar de la razón pública significa también que es tarea de los magistrados tratar de elaborar y expresar en sus opiniones razonadas la mejor interpretación de la Constitución que puedan dar, utilizando sus conocimientos acerca de la aplicación de la Constitución y de los casos constitucionales precedentes. En esto la mejor interpretación es la que mejor se ajuste al cuerpo de leyes pertinente de esos materiales constitucionales y se justifique en términos de la concepción pública de justicia o de una variante razonable de ella. Al hacer esto, se espera que los magistrados recurran a los valores políticos de la concepción pública de justicia, siempre que la Constitución misma invoque expresa o implícitamente esos valores, como lo hace, por ejemplo, en una declaración de derechos que garantiza el ejercicio libre de cualquier religión o la protección de las leyes para todos. El papel de

Daqui várias conclusões são possíveis. A primeira e mais óbvia é que, para RAWLS, a interpretação e o controle de constitucionalidade devem estar fundados em valores sobre os quais não é possível divergir.<sup>91</sup> O autor não deixa de reconhecer que aqueles que decidem têm a sua própria concepção de bem. Essa concepção, contudo, e especialmente no tocante aos valores constitucionais, não pode ser invocada no momento da decisão. Com efeito, RAWLS quer aqui marcar claramente a diferença entre endossar uma concepção de justiça e ter sua própria concepção de bem, para evitar que os juizes decidam, pelo uso da coerção, de acordo com o que eles pensam a respeito de suas próprias vidas, e não de acordo com o que deve ser aceito por todos.

Ao fazer isso, RAWLS atribui um outro papel fundamental à Suprema Corte: um papel educativo. Cabe à referida Corte, ao decidir pautada em uma concepção política de justiça, explicitar e colocar em discussão os valores políticos no centro de debate público. É uma tarefa de revitalizar o fórum público, permitindo a evolução da razão pública. De fato, o papel da Suprema Corte não é algo estático como se poderia pensar, porquanto,

através de seus julgamentos, a Corte dá aos valores da razão 'vida e realidade no fórum público'. Suas decisões permitem estruturar a

---

Suprema Corte en esto es parte de lo público de la razón, y en un aspecto del papel más amplio, educativo, de la razón pública.

<sup>91</sup> Há aqui uma ressalva fundamental que deve ser efetuada, pois, neste trabalho várias vezes foi invocada a relação entre RAWLS e DWORKIN. Essa, entretanto, é uma preocupação que diz respeito muito mais aos fins desta pesquisa do que a RAWLS propriamente dito, visto que o professor de Harvard refere-se às suas diferenças com o jurista americano em uma nota de rodapé, para demarcar que, apesar das coincidências entre ambos – é preciso considerar a rejeição da discricionariedade do juiz-. Segundo o autor do Liberalismo Político, há que se reduzir muito mais o âmbito das possibilidades sobre as quais o juiz pode decidir. De fato, tal como se viu, DWORKIN incorpora a moralidade ao direito e aos 'hard cases'; para RAWLS, essa decisão somente pode ter o caráter político –a concepção política de justiça– e não abarcar a moralidade política. Diz RAWLS (1995:225): *en mi opinión, DWORKIN piensa en su requisito de ajuste para distinguir la interpretación de la invención, y que una interpretación razonable basta para demostrar que está implícita en la ley, por estar articulada a la concepción política, o a una de sus reconocibles variantes. Acaso esté cierto al respecto, pero no estoy seguro de ello. Me inclino por exigir como requisito de ajuste que, las decisiones de la Suprema Corte sean propiamente decisiones judiciales de la ley, la interpretación se ajuste a la concepción pública de la justicia o a una reconocible variante de ella. Dudo que este punto de vista difiera en lo esencial del punto de vista de DWORKIN.* Aqui, há que se efetuar uma ressalva importante: se na obra anterior DWORKIN acusa RAWLS de ser pouco liberal, o que se percebe é que pelo menos nos limites da interpretação, RAWLS tornou-se bem mais liberal que DWORKIN.

discussão política, lembrando aos políticos que eles devem ser honrados pelas diferentes decisões coletivas. Indiretamente, ela pode, também, contribuir para a evolução da razão pública, na medida em que o debate pode revelar novos valores políticos aceitos pela maioria. Desempenhando esse papel de instituição modelo da razão pública, a Corte Constitucional contribui, assim, para tornar explícitos os termos da filosofia política democrática, ao mesmo tempo em que os coloca no centro da vida política (GUILLARME, 1996:334)<sup>92</sup>.

Essa forma particular que RAWLS tem de ver a atuação da Suprema Corte poderia entrar em choque com o liberalismo que é a tônica de sua obra. Ao dar destaque à participação do povo na razão pública, RAWLS, que afirma compartilhar com ACKERMAN (1999: 145-151)<sup>93</sup> da concepção dualista de controle de constitucionalidade, estaria abrindo a possibilidade de que a vontade majoritária viesse a afetar a própria Constituição. Para evitar esse problema, RAWLS diz que a *Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. É, sim, o que o povo, atuando constitucionalmente através dos outros ramos dos poderes, permite à Suprema Corte dizer que ela é* (RAWLS, 1995:226).<sup>94</sup> Para RAWLS, portanto, o juiz não deve criar direitos, ainda que pareça ser a vontade da maioria,

---

<sup>92</sup> À travers ses jugements, la Cour donne aux valeurs de la raison publique vie et réalité dans forum public. Ses décisions permettent de structurer la discussion politique, en rappelant les valeurs politiques, qui doivent être honorées par les différentes décisions collectives. Indirectement, elle peut donc aussi contribuer à faire évoluer la raison publique, dans la mesure où le débat peut révéler de nouvelles valeurs politiques acceptées par une large majorité. En jouant ce rôle d'institution modèle de raison publique, la Cour constitutionnelle contribue ainsi à rendre explicites les termes de la philosophie politique démocratique, en même temps qu'elle place ceux-ci au centre de la vie politique.

<sup>93</sup> A idéia de concepção dualista requer alguns esclarecimentos. De acordo com ACKERMAN (1999), a Teoria Constitucional americana enfrenta o problema do controle de constitucionalidade a partir de três modelos distintos: a) o fundamentalista, que propõe a superioridade dos direitos fundamentais sobre as decisões majoritárias; b) o monista, que subordina o controle de constitucionalidade aos valores democráticos; e, c) o dualista, que afirma ser o controle de constitucionalidade sustentado na idéia de que o debate público pode acarretar mudanças à Constituição, pois os Tribunais de controle devem estar preparados para interpretar a Lei Fundamental, conforme se perceber em curso uma importante mudança na forma de compreender a Constituição. Dessa forma, se quiser ser democrática, a Suprema Corte deve acatar os desígnios da maioria e perceber que está diante de um novo momento constitucional.

<sup>94</sup> La constitución no es lo que la Suprema Corte dice que es. Más bien, es lo que el pueblo actuando constitucionalmente a través de las otras ramas de los poderes, permite a la Suprema Corte decir a respecto. Uma questão deve ser ressaltada. Ainda que nesta tese se afirme que RAWLS não tem uma teoria de posição original, como já foi afirmado, ele reconhece que a Constituição é fruto do poder constituinte. Assim, seria a diferença entre o poder constituinte e o poder ordinário que impediria a Constituição de ser modificada por procedimentos majoritários, contribuição importante da obra de RAWLS. Pode-se dizer, portanto, que RAWLS não tem uma teoria do poder constituinte, mas utiliza-se dela.

mas garantir os direitos e liberdades básicas, enquanto elementos constitucionais que devem ser preservados de maiorias transitórias, pois qualquer modificação na Constituição que venha a atacar esse núcleo de direitos não poderia ser considerada um novo momento constitucional, mas uma ruptura democrática. Isso ocorre porque *em uma sociedade liberal, a possibilidade do uso público da razão baseia-se, segundo RAWLS, em valores políticos compartilhados por todos os seus cidadãos, implícitos numa cultura política democrática. Os valores políticos não são, portanto, frutos de procedimentos majoritários, mas, ao contrário, são subscritos pelo conjunto de membros da sociedade e, nesse sentido, devem estar inscritos na Constituição* (CITTADINO, 1999:184).

Com efeito, esse é o papel precípua da Suprema Corte: assegurar que os valores consagrados na Constituição permaneçam essenciais, imunes às distorções da vontade da maioria, ou seja, a procedimentos que podem ultrapassar o uso público da razão. Para RAWLS, o instituto do controle é inerente à democracia constitucional, desde que tenha como núcleo central a garantia dos direitos fundamentais. Mas se a postura de RAWLS prega tribunais antimajoritários, a Constituição, como guarda dos direitos fundamentais, autoriza essa restrição. Ao aceitar a visão dualista da política, RAWLS não coloca a Corte como a guardiã última da Constituição, pois o seu papel de intérprete definitivo limita-se à ação do legislativo. É que, num governo constitucional, a derradeira palavra não cabe ao legislativo, executivo e muito menos o judiciário, mas ao povo. Quando ele se manifesta através de sua razão pública, não há limites aplicáveis à Constituição. RAWLS admite que, na perspectiva de teoria moral, esse conceito de Constituição possa ser inferior às Constituições que impedem a mudança de disposições e princípios essenciais, mesmo que isso seja realizado pelo próprio povo. Destaca, porém, que, se as emendas à Constituição violarem procedimentos essenciais, mesmo promulgadas em conformidade com os procedimentos constitucionais, resulta uma ruptura constitucional, podendo, então, ser indeferida pela Suprema Corte (VIEIRA, 1999:211).

Esse é um momento marcante na Teoria Constitucional, pois demonstra um movimento inverso ao constatado no constitucionalismo contemporâneo. Não

se limita a uma aproximação do constitucionalismo alemão com o pragmatismo americano: marca, também, uma aproximação para com o constitucionalismo tedesco de alguns juristas e filósofos americanos, preocupados com a guarda dos direitos fundamentais, considerados como direitos universais e, portanto, que vêm no sistema constitucional alemão, através da idéia de cláusulas pétreas, uma excelente possibilidade de defesa dos direitos e da democracia. Ao reservar um núcleo firme, impedindo que a Constituição fique em mãos de vontades transitórias, RAWLS rompe com ACKERMAN e deixa implícito que não se pode confiar cegamente na tradição democrática americana nem no homem médio americano.

As contribuições de AUDARD (2000) nesse sentido são bastante pertinentes. Segundo elas, RAWLS é muito consciente das idiossincrasias do *we de peoples*; não é, como se pensa, um cego pela sua cultura, muito pelo contrário, é crítico e cético o suficiente para impor um método de controle da opinião majoritária. Diz AUDARD (2000: XXVIII) que é evidente que para o professor americano tanto *os legisladores, assim como os magistrados, já não desempenham plenamente o seu papel. São por demais escravos da opinião pública, das pesquisas de opinião, de sua reeleição, dos lobbies variados que os apóiam, e por isso não se pode confiar em seu julgamento para decidir em favor do interesse comum.* Na verdade essa crítica de AUDARD (2000: XX-XXII) toma como referência as críticas anti-iluministas do jurista alemão, SCHMITT, ao sistema de negociações extra-políticas do parlamentarismo. SCHMITT, basta lembrar o Capítulo II, considerava que a política de ‘bastidores’ e os lobbies definem o processo de decisão legislativa, já que a representação efetuada nas eleições não vincula o conteúdo da atividade parlamentar. A filósofa francesa, tenta, então, demonstrar que RAWLS em termos ideológicos um liberal (e, neste caso, seu sistema de controle de constitucionalidade estaria muito mais próximo do de KELSEN) reconhece que as críticas que o jurista alemão efetua ao KELSEN permanecem intactas, devendo, a todo custo, ser controladas. Trata-se,

portanto, de mais uma tentativa de RAWLS de substituir o poder de fato por princípios de justiça.<sup>95</sup>

Até aqui, buscou-se a configuração da *Teoria Rawlsiana da Constituição*. Essa conformação levou em conta as categorias que compõem o âmbito de validade da Teoria Constitucional e verificou em que medida se encontravam na obra do autor americano. Pôde-se constatar que, não só estavam presentes, como em muitas constituem colaborações importantes. Ao fim deste primeiro momento, pode-se dizer que a tônica da Teoria Constitucional Rawlsiana é a de ser uma teoria da legitimidade do poder político, das relações entre a Constituição, o Estado e seus cidadãos, voltada à procura de uma democracia constitucional, pois seu discurso se articula, acima de tudo, na relação existente entre justiça, liberdade e democracia, consideradas enquanto ideais realizáveis.

#### 4.1.3 Constituição e Processo

Em que pese o fato de, até o momento, haver sido efetuado o movimento mais importante no sentido de comprovar a hipótese central desta tese, através da demonstração de que as principais categorias que compõem o âmbito de validade da Teoria da Constituição estão presentes na obra de RAWLS, há outra questão relevante que precisa ser enfrentada antes de concluir essa parte inicial. Com efeito, tanto na obra do filósofo americano quanto na Teoria Constitucional tem-se que a idéia de processualidade da Constituição é um elemento central. O que se procura escrutinar, agora, é o sentido que esta categoria assume no constructo do professor de Harvard, verificando em que medida está relacionado com os sentidos atribuídos hodiernamente à processualidade da Constituição. É, preciso perquirir finalmente, pelas possíveis contribuições rawlsianas a essa discussão.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Ver o Capítulo II, especialmente, no tocante, à polêmica Kelsen/Schmitt sobre o controle de constitucionalidade e a função do parlamento.

<sup>96</sup> Sobre a definição processual de Constituição, deve-se retomar o Capítulo II.

Estabelecidas as premissas necessárias, passa-se, então, a trabalhar especificamente com a *Uma Teoria da Justiça*.<sup>97</sup> Parece pacífico, tendo em vista todos os elementos levantados até aqui, que a idéia de processualidade é a tônica da obra de RAWLS (1997), já que, ao preocupar-se com a escolha de princípios da justiça, embora negando a proeminência do direito natural e a existência e valores preconcebidos, o autor vê-se obrigado a construir racionalmente esses princípios. Para viabilizá-los, eles devem ser o resultado de um processo que os formule através da escolha consciente de pessoas em condições favoráveis para fazê-lo. Nesse sentido, já foi demonstrado<sup>98</sup> que a posição original é um procedimento cujo objetivo é construir uma concepção de justiça que, formulada em condições ideais, pudesse representar o senso de justiça subjacente a uma sociedade democrática. Isto ocorre porque, não custa insistir, RAWLS inverte a forma que, tradicionalmente, as teorias<sup>99</sup> têm de encontrar os princípios da justiça: sua ênfase está no processo de elaboração desses princípios e não no resultado.<sup>100</sup> Este último, inclusive, na teoria rawlsiana da justiça, nunca é previamente dado, o que acarreta a inexistência da justiça *a priori*, ou seja, independente de qualquer critério anterior que a sustente. A concepção de justiça de RAWLS sempre vem *a posteriori*, é o resultado da justiça procedimental pura, que, de acordo com o autor, está na base da teoria rawlsiana e

verifica-se quando não há critério independente para o resultado correto: em vez disso, existe um procedimento correto ou justo de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado. (...) Uma característica distintiva da justiça procedimental pura é que o processo para a determinação do resultado justo deve ser levado a cabo; pois nesses casos não há

---

<sup>97</sup> A mesma concepção processual é assumida no Liberalismo Político. Porém, tal com já foi dito, nesta obra, as preocupações com a idéia de contrato, posição original e escolha de princípios é tratada *en passant*, portanto, este item cinge-se à primeira obra do autor.

<sup>98</sup> Ver Capítulo III, especialmente sobre a interpretação da posição original.

<sup>99</sup> Quer referir-se, aqui, ao utilitarismo e ao intuicionismo.

<sup>100</sup> Todas estas questões já foram analisadas com mais vagar seja no Capítulo III sobre neste mesmo Capítulo por ocasião da especificação da interpretação constitucional em RAWLS. O que se busca agora é um mero resgate para tornar explícita a idéia de Constituição como processo de RAWLS.

critério independente em referência ao qual se pode demonstrar que o resultado definitivo é justo (RAWLS, 1997: 92).<sup>101</sup>

Com efeito, na compreensão do que seja a justiça procedimental pura há que se considerar que o processo é o protagonista, ou seja, é através dele que se realiza a materialização dos postulados da justiça. Trata-se de um esquema que leva à formulação do objeto que, destaque-se, não está previamente dado, mas precisa ser construído a partir de um processo.

RAWLS afirma (1997: 91) que sua idéia de justiça procedimental pura será melhor compreendida se contrastada com as noções de justiça procedimental perfeita e justiça procedimental imperfeita. A *justiça procedimental perfeita* defini-se a partir de dois traços fundamentais. O primeiro é a existência de critério previamente dado ou independente que pode ser considerado uma divisão justa, ou seja, como tendo um critério definido antes do processo de divisão acontecer. E, o segundo traço fundamental *é a possibilidade de criar um procedimento que levará a tal resultado, ou seja, a uma divisão justa* (RAWLS, 1997: 91).<sup>102</sup> Em outros termos, trata-se de poder contar com um determinado procedimento que é perfeito para atingir a justiça de um caso específico. Evidentemente, que RAWLS não desconhece que um ideal de justiça procedimental perfeita é bastante difícil de ocorrer, principalmente, se considerada a esfera da aplicação da sua obra: a estrutura básica da sociedade, especificamente, o seu processo de criação enquanto um processo político.<sup>103</sup>

Diante da possibilidade mais corriqueira, ou seja, de que na maioria dos casos de distribuição de bens e direitos é impossível encontrar um procedimento adequado/compatível que leve a um resultado justo previamente estipulado ou

---

<sup>101</sup> RAWLS compara a justiça procedimental pura a um jogo de azar limpo: se as regras forem definidas previamente e seguidas fielmente, o resultado final, qualquer que seja, será considerado justo. Esse procedimento RAWLS irá chamar de justiça puramente procedimental. O melhor exemplo disto é o jogo de azar limpo: não existe um resultado prévio, este se cria no decorrer do jogo e todos o aceitam por ser o resultado que apareceu de determinados processos.

<sup>102</sup> O exemplo que RAWLS dá neste caso é da divisão de um bolo: sabe-se de antemão que a divisão justa seria aquela pela qual todos recebessem a mesma porção. Par que isto ocorra é possível criar um procedimento que leve a este resultado. Aquele que divide o bolo deve pegar a sua fatia por último, somente assim ele estaria garantindo que não ficaria com a porção menor.

conhecido, o autor afirma que se está diante do que se chama de *justiça procedimental imperfeita*. *A marca característica da justiça procedimental imperfeita é que, embora haja um critério independente para produzir o resultado correto, não há processo fatível que com certeza leva a ele* (RAWLS, 1997: 92). Deve-se esclarecer que não se trata de nenhuma falha humana, como se poderia pensar, mas da impossibilidade de construir um processo do qual não venham a resultar erros. Ocorre que ainda que seja imperfeito, esse é muito necessário e, ainda, o único disponível na hora de decidir.

Do que se viu até aqui, pode-se dizer, então, que em ambos os casos expostos (justiça procedimental perfeita e imperfeita), existe um critério independente de qualquer pressuposto processual que sintetiza a noção de “justo”. Já no caso da justiça procedimental pura, isso não ocorre: é o processo que determina o que é justo, seja ele qual for, porquanto é somente no final dele que pode aparecer a concepção de justiça. Há que se verificar agora se a Constituição é definida por RAWLS como algum tipo de justiça procedimental e, em caso afirmativo, em qual destes tipos ela se constitui.

Para tanto, deve-se recordar que o único momento que RAWLS considera como sendo a realização da justiça procedimental pura é a posição original, porquanto ela representa o procedimento que admite qualquer resultado como sendo justo. Aparecem, assim, os princípios e a partir deles a Constituição: ela mesma, porém, não representa a justiça procedimental pura, pois sua elaboração implica encontrar um processo adequado para obter-se uma Constituição justa. *Idealmente, uma Constituição justa seria um procedimento justo concebido para assegurar um resultado justo. O procedimento seria o processo político regido pela Constituição; e o resultado, o conjunto da legislação elaborada, enquanto os princípios da justiça definiriam um critério de avaliação independente do resultado* (RAWLS, 1997:213).

Isso somente é possível porque, em RAWLS, a Lei Fundamental é, por si só, um mecanismo de justiça procedimental imperfeita que deve buscar

---

<sup>103</sup> Exemplo maior, aquele sobre o qual RAWLS centra-se mais, seria o direito penal para o qual parece impossível criar um procedimento tão perfeito que pudesse levar a encontrar quem é

aproximar-se, na medida do possível da justiça procedimental perfeita. Para tanto, deve incorporar um sistema de liberdades e concentrar-se em encontrar um procedimento justo e igualitário de implementação do processo político e da legislação subsequente. Desta forma, vários procedimentos incorporados à Constituição, tais como: o voto, as liberdades da cidadania, os direitos políticos, a proteção destes procedimentos, entre outros, contêm, apenas um significado procedimental: adequar-se aos princípios da justiça.

Há que se explicar isto muito bem. Os princípios da justiça são o resultado da justiça procedimental pura e representam, portanto, uma concepção de justiça válida em qualquer circunstância. Por isto mesmo, eles são também o critério organizacional das instituições e, ainda, um padrão para avaliá-las. Quer dizer que, para a estrutura básica da sociedade, já existe um resultado final de distribuição justa: são os princípios da justiça escolhidos na posição original. A questão então é organizar um procedimento que, por ser perfeitamente adequado ao resultado (previamente dado), ao ser aplicado conduza, sem distorções, ao resultado, ou seja, aos princípios. Ter-se-ia, assim, finalmente, o que RAWLS chama de sociedade bem ordenada.

É importante que se diga, antes de encerrar este momento, que é muito provável que para RAWLS todos os procedimentos disponíveis atualmente no constitucionalismo sejam imperfeitos, alguns critérios podendo, contudo, fazer com que se chegue o mais próximo possível da justiça procedimental perfeita.

[deve contudo estar] claro, que qualquer procedimento político factível pode produzir um resultado injusto. Na prática, não há nenhuma regra de procedimento político capaz de garantir que uma legislação injusta não será estabelecida. No caso de um regime constitucional, ou de qualquer ordenamento político, o ideal da justiça procedimental perfeita não pode ser implantado. O melhor sistema que se pode alcançar é um sistema de justiça procedimental imperfeita. Contudo, alguns sistemas podem produzir mais leis injustas do que outras. O segundo problema, portanto, é selecionar, dentre as ordenações processuais ao mesmo tempo factíveis e justas, aquelas que têm maior probabilidade de conduzir a uma ordem legal justa e eficaz (RAWLS, 1997: 214).

Por fim, resta verificar de que forma e até que ponto a concepção processual da Constituição de RAWLS se aproxima das compreensões processuais da Constituição. Embora, de acordo com o exposto, possa parecer que a concepção do autor se distancia de ambas as compreensões correntes em *seara* constitucional, é bastante difícil deixar de reconhecer algumas semelhanças com KELSEN e, paradoxalmente, com a processualidade material.

Com respeito à identificação com o jurista de Viena, pode-se apontar que ambos vêem a Constituição como o mais alto sistema de normas sociais destinado a estabelecer normas e, o mais interessante, o autor da *Teoria Pura do Direito* tem na norma fundamental seu postulado de clausura, aquele sem o qual o sistema não pode existir. Ocorre o mesmo com RAWLS em relação ao seu constructo. A diferença que pode ser apontada —e que aproxima então RAWLS de um mínimo de materialidade processual— é que, em certa medida, o autor de *Uma Teoria da Justiça* substanciaria esse mecanismo de clausura através dos princípios da justiça (próximo da norma fundamental kelseniana, com um mínimo de conteúdo).

Com efeito, se ela é pensada num aspecto meramente procedimental, o trabalho da Constituição é positivar e procedimentar os princípios de justiça. Ocorre que, se em RAWLS há um entendimento procedimental da Constituição, trata-se de uma justiça procedimental ampla que, se está claramente identificada com o positivismo constitucional, traz alguns avanços significativos, ao se basear sobre pressupostos de justiça.

#### 4.2 O PRIMADO DA CONSTITUIÇÃO-GARANTIA: CONFIGURAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA TEORIA CONSTITUCIONAL RAWLSIANA

No ítem anterior foi possível delinear as categorias que auxiliam a compor a Teoria Rawlsiana da Constituição. Como se pode verificar quando da edificação da referida teoria, algumas questões epistemológicas já foram enfrentadas.<sup>104</sup> Basta, portanto, efetuar, neste momento, um trabalho de (re)construção, especialmente voltado à sistematização das preocupações metodológicas que atravessam a obra de RAWLS.<sup>105</sup> O que se busca, então, é verificar até que ponto a justiça como equidade pode ser incorporada a uma das matrizes epistemológicas dominantes<sup>106</sup> e, por outro lado, verificar em que medida o trabalho do professor americano pode contribuir para a crise de racionalidade que resulta da escassez ou insuficiência de dimensões teóricas mais amplas capaz amparar sua prática.

É um procedimento bastante importante, considerado-se que foi a construção de um discurso racional sobre a Constituição que deu origem à Teoria Constitucional.<sup>107</sup> Assim, não havendo na obra do autor elementos epistemológicos que permitam compreendê-la como um constructo sistemático sobre a Lei Fundamental, o que se teria então, até aqui, em sua obra, seriam categorias esparsas que, se bem compõem o âmbito material da Teoria Constitucional, na justiça como equidade não assumem a forma de um sistema e, conseqüentemente, não se teria a desejada Teoria Rawlsiana da Constituição. De forma precisa, trata-se de sustentar que, sem uma possibilidade de compreender a obra de RAWLS no tocante à Constituição, através de pressupostos

---

<sup>104</sup> Com efeito, inúmeras vezes fizeram-se referências às relações de RAWLS com o liberalismo, a sua proximidade teórica com a forma com que a Teoria Formal da Constituição define determinados elementos. Por ocasião da análise da categoria Constituição como processo, foi bastante explicitada sua proximidade com a teoria kelseniana.

<sup>105</sup> Em que pese o fato deste momento ser bastante relevante, ele será bastante sintético, sob pena de parecer repetitivo. É que, as filiações epistemológicas de RAWLS encontram-se subjacentes, como não poderia deixar de ser, às categorias constitucionais. Assim, o que será efetuado é efetivamente uma sistematização de várias idéias já apontadas que, quando tomadas em conjunto, permitem que se perceba a perspectiva epistemológica do autor.

<sup>106</sup> Quer se referir à Teoria Material da Constituição e a Teoria Formal da Constituição.

<sup>107</sup> Ver Capítulo II.

epistemológicos precisos, não há que se falar em Teoria Rawlsiana da Constituição.

HESSE (2001: 02) aponta, de forma objetiva, a diferença entre Teoria Formal da Constituição e Teoria Material da Constituição. *Com o primeiro conceito se concebe (somente) a norma constitucional que se diferencia de outras leis, pelo seu complicado processo de reforma. O segundo, sem consideração alguma ao tipo de forma e validade da norma, compreende todo o direito fundamental voltado para a vida e a efetividade do Estado, trata-se de um conjunto normativo que nem sempre é possível delimitar com clareza.*<sup>108</sup> Há, ainda, entre elas, outras diferenças importantes que, no entanto, não serão retomadas, pois já foram objeto de consideração exaustiva no Capítulo II. Pretende-se, neste momento, estabelecer (e a título de recordação) a substancial diferença entre as duas: enquanto a Teoria Formal da Constituição tem a juridicidade da Lei Fundamental como pressuposto necessário e inexorável para defesa da liberdade, sendo o cerne de seu sistema,<sup>109</sup> a Teoria Material da Constituição tem na procura da legitimidade e do bem comum, o fulcro para a sua compreensão das funções constitucionais.<sup>110</sup> O que se quer perquirir, portanto, é de que forma RAWLS vincula-se a uma, a nenhuma ou às duas e verificar quais os resultados dessa vinculação.

#### 4.2.1 Liberdade e processo: fundamentos epistemológicos da Teoria Rawlsiana da Constituição

De tudo o que foi dito até aqui, acredita-se que não parecerá descabido a afirmação inicial de que, em RAWLS, encontra-se perfeitamente delineada uma Teoria Formal da Constituição. Foram esclarecidas, ao longo desta pesquisa, as

<sup>108</sup> Con el primer concepto se concibe (sólo) a la norma constitucional que se diferencia de otras leyes por lo complicado de su reforma. El segundo, sin consideración alguna al tipo y forma de validez de la norma, comprende todo el derecho fundamental para la vida y la efectividad del Estado, un conjunto normativo que no siempre se puede delimitar con claridad.

<sup>109</sup> E isso é necessário, pois é através da juridicidade que se assegura a limitação do Estado, a proteção do indivíduo e, conseqüentemente, a liberdade.

relações do professor americano com o liberalismo e até mesmo com certos elementos que constituem as teorias de JELLINEK e KELSEN. Há, contudo, que se justificar essa hipótese para, posteriormente, analisar quais seriam alguns de seus vínculos com a materialidade constitucional. Embora sua teoria seja notoriamente formalista, no sentido liberal, contém importantes traços que a vinculam à necessidade de legitimar a sua eficácia. Trata-se, portanto, de uma teoria metodologicamente bem mais complexa que as tradicionais, razão pela qual requer uma análise cuidadosa do núcleo fundante do pensamento do autor.

A possibilidade de caracterizar a obra de RAWLS enquanto Teoria Constitucional, embora lícita e pertinente, provoca algumas exigências. A primeira delas, acredita-se, já está suficientemente esclarecida. Trata-se da necessidade de reafirmar os vínculos do professor americano com o liberalismo, o que parece, a esta altura, não exigir maiores considerações. Outra demanda importante, neste momento, consiste em resgatar a gênese do projeto rawlsiano. Com efeito, tal como se viu, o autor busca desenvolver uma teoria ética – a teoria da justiça – tentando encontrar e ajustar princípios que, fundados na equidade, conduzam à resolução satisfatória de casos concretos. A *justiça como equidade* é, portanto, num momento inicial, uma teoria da decisão que tem seu ponto culminante na tentativa de auxiliar a construir a democracia constitucional. Esta proximidade da origem quanto às finalidades do sistema rawlsiano seria conexão primária com a Teoria Constitucional. O que determina, entretanto, qual é a matriz que a sustenta é a Teoria Rawlsiana da Constituição, são as opções epistemológicas que o sistema efetua e sustenta para dar consistência a esse sistema.

Nesse sentido, não restam dúvidas, a escolha de RAWLS é sempre pela defesa incondicional dos direitos liberais. Com efeito, é o primado da liberdade que define metodologicamente o constitucionalismo do filósofo, ou seja, é a partir dela que se organiza todo o sistema rawlsiano. É o seu núcleo formador e constitutivo que lembra um o pressuposto inexorável que, extraído de sua obra, torná-la-ia descaracterizada. Há que se recordar, para confirmar esta assertiva, que

---

<sup>110</sup> A consequência, entretanto, como se viu é o esvaziamento da juridicidade.

as categorias constitucionais levantadas na obra do autor, tanto as explícitas, quanto as deduzidas, estão, única e exclusivamente, voltadas para a proteção do indivíduo diante da possibilidade do uso ilegítimo do poder coercitivo do Estado. E, o mais importante, basta recordar que por ocasião da transição da *Uma Teoria da Justiça* para o *Liberalismo Político*, esta preocupação torna-se cada vez mais relevante e mais 'constitucional'. Quer isso dizer que RAWLS, no decorrer de sua obra, procura, ao formular teoricamente seu sistema, estipular mecanismos de controle do poder e resguardo da liberdade que tem como centro gravitacional a Constituição. Assim, se o autor tem uma Teoria Constitucional pois seu constructo é centrado na Constituição, tem uma Teoria Formal da Constituição que se organiza como forma de apreendê-la racionalmente enquanto mecanismo indispensável para a concretização da democracia constitucional.

Poder-se-ia alegar, neste ponto, que o professor americano tem, devido as suas preocupações com a igualdade, uma Teoria Material da Constituição latente em sua obra. E, essa é, sem dúvida, uma dimensão que não lhe pode ser subtraída. Mas sustenta-se aqui que os elementos que poderiam dar sustentação a esta afirmação têm a função de atualizar a Teoria Formal da Constituição, pois, para ele, a Lei Fundamental se esgota na liberdade. De fato, para ele, a liberdade é condição necessária e suficiente para a realização de todos os bens na sociedade. Pode-se afirmar inclusive que *se o fim da sociedade é atingir o objetivo, esse hipotético objetivo que é o bem comum, e permitir que seus membros procurem a felicidade nos bens privados, RAWLS acredita que o direito à liberdade é a condição necessária e, quer parecer, também, suficiente, para atingir todos os bens* (CAMPS, 1990: 19).<sup>111</sup>

Com efeito, RAWLS tem uma Teoria Formal da Constituição não unicamente porque prioriza a liberdade, mas pela sua compreensão de processualidade. É através da idéia de processo que o autor não somente atribui à liberdade o sentido de prioridade, mas de condição suficiente. Essa hipótese pode ser confirmada, inclusive, pela sua proximidade com KELSEN. Surge daqui, a

'pedra de toque' nesta questão: trata-se da proximidade da concepção processual rawlsiana com a concepção kelseniana de construção escalonada do ordenamento jurídico. Essa proximidade não será retomada aqui, por ter sido objeto de consideração exclusiva. O que importa sublinhar, entretanto, é que a sua compreensão formal de Constituição não é tão estreita quanto a de KELSEN. De fato, tal como se verá a seguir, há elementos que a compõem que podem ser entendidos como sustentáculos de uma compreensão mais avançada da Constituição. Estes representariam, portanto, a necessária materialidade de liberalismo igualitário da Constituição em RAWLS. É o que se irá discutir a seguir.

#### 4.2.2 Legitimidade e eficácia na obra de RAWLS: elementos materiais ou Liberalismo Igualitário?

Ao que parece, seriam quatro os elementos materiais na Teoria Rawlsiana da Constituição: o conceito de sociedade justa, cuja origem está vinculada ao filósofo grego ARISTÓTELES (a); a inexistência do véu da ignorância no tocante ao conhecimento das partes, na posição original, sobre os fatos genéricos da sua sociedade, possibilitando a legitimidade e a eficácia da Constituição (b); o equilíbrio reflexivo (c); e, finalmente, o princípio da diferença (e).

O primeiro elemento é uma marca da *Uma Teoria da Justiça* mas é totalmente abandonado no *Liberalismo Político*.<sup>112</sup> De fato, a Teoria Material da Constituição tem sua primeira referência histórica em ARISTÓTELES. O filósofo grego aponta para a necessária adequação entre a perfeita organização da *polis* e a necessidade de as instituições representarem essa perfeição. Assim, somente se

---

<sup>111</sup> Si el fin de una sociedad justa el alcanzar esse hipotético bien común, y permitir que sus miembros busquen la felicidad o sus bienes privados, RAWLS cree que el derecho a la libertad es condición necesaria y, al parecer, también suficiente.

elas estiverem sintonizadas ter-se-á uma Constituição justa. Ocorre o mesmo com RAWLS: *é necessário um conhecimento das crenças e interesses para os quais se inclinam os cidadãos envolvidos no sistema, como também das táticas políticas que eles julgarão racional utilizar, dadas as suas circunstâncias. Desde que não tenham informações sobre indivíduos específicos, inclusive sobre si mesmos, a posição original não é afetada* (RAWLS, 1997: 214). A Constituição deve responder, ainda, ao princípio da *pleonaxia*:

evitar que se tire alguma vantagem em benefício próprio tomando o que pertence a outrem. sua propriedade, sua recompensa, seu cargo, e coisas semelhantes, ou recusando a alguém o que lhe é devido, o cumprimento de uma promessa, o pagamento de uma dívida, a demonstração do respeito devido. (...) A definição de ARISTÓTELES, claramente, pressupõe, todavia uma explicação do que propriamente pertence a pessoa e do que lhe é devido. Ora, tais direitos muitas vezes derivam, creio eu, de instituições sociais e das expectativas legítimas que elas originam (RAWLS, 1997:12).

Essa questão precisa ser bem explicitada. Para ambos os filósofos, embora o entendimento de ARISTÓTELES seja bem mais amplo, a justiça é sempre uma questão de estrutura social: somente se essa for justa, as instituições podem ser justas. A Constituição, portanto, não é uma entidade isolada, é o espelho da sociedade que regula. Essa, que é uma marca importante da materialidade no autor, é totalmente abandonada no *Liberalismo Político*. Isso ocorre porque RAWLS deixará de ver a estrutura social nos moldes aristotélicos –como algo complexo- e passará a preocupar-se unicamente com o estabelecimento, ainda que por via constitucional, do overlapping consensus que limita a incidência da Constituição aos valores mínimos e não à sua totalidade. Dessa forma, mesmo que num primeiro momento RAWLS se preocupe com uma aproximação em relação ARISTÓTELES, ao abandonar completamente esse desejo não se pode, pelo menos em termos gerais, considerá-lo como um mecanismo de materialidade.

---

<sup>112</sup> O que só comprova que, pelo menos em termos constitucionais, RAWLS vai formalizando-se gradativamente.

A necessidade de as partes conhecerem fatos genéricos sobre sua sociedade tem uma função extremamente relevante na obra de RAWLS: oferecer mecanismos para que a teoria construa sua própria legitimidade:

As pessoas na convenção não têm, naturalmente, nenhuma informação a respeito de indivíduos específicos: elas não conhecem sua própria posição social, seu lugar na distribuição de dotes naturais ou sua concepção de bem. Mas, além de possuírem um entendimento dos princípios da teoria social, elas agora reconhecem os fatos genéricos relevantes a respeito de sua sociedade, isto é, suas circunstâncias e seus recursos naturais, seu nível de desenvolvimento econômico e cultura política, e assim por diante. Já não se limitam às informações implícitas na circunstâncias da justiça. Tendo conhecimento teórico e conhecendo os fatos genéricos apropriados a respeito de sua sociedade, devem escolher a Constituição justa mais eficaz, que satisfaça os princípios da justiça e seja bem mais projetada para promover uma legislação eficaz e justa (RAWLS, 1997:213).

Essa exigência de legitimidade, contudo, se por um lado pode ser vista como um dos elementos materiais da obra de RAWLS, pelo outro, pode ser tratada como decorrência de uma teoria moral: *é o pressuposto de uma teoria moral que se reconhece como deontológica, quer dizer, que parte da moral como fato, como algo que deve ser defendido seja qual for a realidade em que se encontre, (...) preocupe-se muito mais com as debilidades práticas do que teóricas ou pelos menos as contradições e os conflitos que gera a sua prática* (CAMPS, 1990:23). Quer isso significar que uma teoria como a de RAWLS não pode depender de elementos externos a si mesma como forma de sustentação ou legitimidade. É, portanto, da necessidade do próprio sistema que nasce a exigência, e não da vontade de corresponder socialmente. Trata-se de uma clara inversão na idéia de legitimidade sustentada pela Teoria Material da Constituição, esta que é apresentada por RAWLS. A primeira é uma demanda que atender sociedade e os destinatários da Constituição. Já na teoria rawlsiana, a legitimidade também deve ser um resultado da teoria para servir a própria teoria. Não se está, portanto, ao contrário do que se poderia pensar, diante de elemento material, pelo menos em termos de Constituição.

Vale o mesmo para o equilíbrio reflexivo. Ele representa, em outros termos, o resultado do esforço para encontrar uma concepção de justiça, que, devido à natureza desse conceito, serviria, acima de tudo, de auxílio à construção da legitimidade da teoria, uma vez que não haveria choque entre o resultado do processo (as sentenças de justiça) e as convicções morais dos membros de uma sociedade. Ocorre que, ainda que através deste conceito RAWLS deseje substancializar sua teoria, ele é a prova da teoria na prática e não afeta na constituição teórica a obra rawlsiana. O equilíbrio reflexivo é algo previamente dado, cabe à teoria descobri-lo como forma de sustentação, porém não influencia na formulação do sistema que é algo independente das exigências sociais.

Finalmente, o princípio da diferença. Esse também tem a função de garantir a liberdade ou a justiça de background sem a qual a liberdade não pode subsistir. Ocorre que esse princípio não tem, para RAWLS, estatuto constitucional, visto que a Constituição, em seu entendimento, abarca somente os direitos e liberdades básicas.

Os princípios reguladores de assuntos básicos de justiça distributiva tais como a igualdade de oportunidades e o princípio da diferença não podem ser tratados como essenciais à Constituição, porque as condições para ver se esses foram realizados, são, de certa forma, impossíveis de atingir devido às contingências sociais a que estão submetidos. Como sobre estes princípios não é possível atingir um acordo, não podem ser objeto do overlapping consensus e, portanto, não podem ser constitucionais (RODAS, 1980:84)

Do até aqui exposto, parece impossível caracterizar a teoria de RAWLS como Teoria Material da Constituição, fato decisivo (para muitos) para refutar a possibilidade de o autor americano efetuar colaborações importantes em relação à crise de racionalidade. Não é o caso. Com efeito, no que diz respeito à teoria de RAWLS, acredita-se que somente a retomada da idéia que move o constitucionalismo da liberdade, tal como faz o autor (priorizando a Constituição como ordenamento jurídico estatal por excelência na defesa do indivíduo e a ruptura com a idéia de bem comum tida como falácia comunitária), entendendo a postura que se sustenta na tese, é possível fazer frente à crise de racionalidade da

Constituição. Ocorre que esse constitucionalismo precisa ser revisto e atualizado a partir do próprio liberalismo que lhe dá sustentação, para assim ser posto em condições de regular efetivamente o Estado e a sociedade, propiciando condições à democracia constitucional. Essas possibilidades se fazem presentes não somente em suas filiações epistemológicas, mas em toda a Teoria Rawlsiana da Constituição.

#### 4.3 A TEORIA RAWLSIANA DA CONSTITUIÇÃO: ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

No final do Capítulo II é levantada uma série de problemas atinentes aos novos rumos do constitucionalismo, quando se procurou demonstrar que a denominação genérica de ‘crise de racionalidade’ dissimula várias possibilidades, das quais propõem-se duas leituras distintas, na perspectiva de uma dupla crise: de legitimidade, por um lado e, por outro, de identidade. As duas são o resultado dos diversos desafios lançados à Teoria Constitucional e aos quais na maioria dos casos –sobretudo se considerados os limites teóricos que a sustentam– ela não tem condições de responder.<sup>113</sup> De fato, se o discurso sobre a Constituição nasce ligado à tentativa de unificação e racionalização do Estado, parece evidente sua impossibilidade de responder a questões imanentes à crise da soberania estatal, tais como a integração comunitária ou o neo-liberalismo. Segundo DOBROWOLSKI (2000: 305),

no âmbito interno, o poder do Estado vê-se em frente a interlocutores das ordens econômicas, social e cultural, como poderosas organizações sindicais, os grandes aglomerados econômicos, os grupos religiosos influentes ou os movimentos sociais reivindicatórios com elevada capacidade de militância, cada um deles buscando conformar a ordem jurídica estatal, ou apresentando normas de sua produção, para suplantar o Direito do Estado.

Face ao crescimento dos processos contestatórios –tanto do Estado quanto da Constituição–, que os acusam de perda da capacidade regulatória, emergem duas possibilidades. Por um lado, incorrendo numa espécie de pós-modernidade e representada pela idéia do chamado direito reflexivo, sustenta-se que se exauriram as possibilidades de o Estado conduzir a política e estabelecer pautas para as relações sociais. Tornou-se um *non sense* referir-se a um fenômeno estatal. Especialmente, *com respeito à Constituição, diz-se que não mais pode ser*

*considerada como o conjunto normativo finalístico e diretivo da sociedade. O direito constitucional passa a ser visto como voltado a estabelecer processos de informação e mecanismos de redução das interferências sociais, tidos como autônomos (v.g., jurídico, econômico, social e cultural). A Constituição pós-moderna não deve conter diretivas para uma ação transformadora da sociedade (DOBROWOLSKI, 2000: 307).*

Por outro lado, o que se vê é uma postura diametralmente oposta que proclama a indispensabilidade do Estado e da Constituição.

A constatação de que as instituições não funcionam com a eficácia desejável, de modo algum justifica que se pense em descartá-las, na linha sugerida pelas propostas sistêmica e neo-liberal. Isso equívale a desprezar a experiência duramente acumulada no curso da História, e na base da qual se formou a civilização ocidental. Os equívocos da razão não bastam para afastá-la da direção das relações humanas. Ao contrário, é preciso reconhecer os erros e tentar corrigi-los, em vez de assumir posturas anti-rationais e, com isso dar azo à ocorrência de males muito piores e fora de qualquer controle (DOBROWOLSKI, 2000: 309).

Com efeito, não se pode ignorar que determinados acordos semânticos em torno da Constituição estão esgotados ou até mesmo superados pelo curso da História, mas o que importa nessas duas opções é a postura que os teóricos do Estado e da Constituição devem assumir perante ela. E isso, evidentemente, não passa pela tentativa de sustar seu curso. Implica, ao contrário, a capacidade de reflexão e contestação teóricas em relação à própria História (e não o oposto, como propõem os pós-modernos ou os libertários).<sup>114</sup> HESSE (2001: 09) adverte que

Toda Constituição é *Constituição no tempo*: a realidade social a que estão referidas suas normas, está submetida a determinadas mudanças históricas e estas em nenhum caso deixam intacto o conteúdo da Constituição. Quando se desconsideram as referidas mudanças, o conteúdo constitucional resta 'petrificado' e a curto ou a longo prazo não poderá cumprir as suas funções. Da mesma

<sup>113</sup> Ver Capítulo II e algumas ponderações importantes na conclusão deste trabalho.

<sup>114</sup> Como adverte DOBROWOLSKI (2000:309): *É necessário, sem dúvida, ter em conta as deficiências do funcionamento do Direito e do Estado, para proceder às readaptações indispensáveis. O que não se pode, em vista dessas falhas funcionais, é desacreditar, desde logo, da capacidade da razão jurídica.*

forma, a Constituição pode deixar de cumprir as suas tarefas quando se adapta sem reservas às circunstâncias de cada momento. Neste caso, as suas normas não são mais as pautas para a regulação de determinadas circunstâncias, mas são as circunstâncias que atuam enquanto parâmetros de suas normas. (...) Por isto, desde a perspectiva da *Constituição no tempo*, a Constituição somente pode cumprir seus desígnios onde consiga garantir sua continuidade sem desprezar as transformações históricas, o que pressupõe a continuação da sua identidade<sup>115</sup>.

A realidade é outra: tanto a jurisprudencialização da Constituição/direito constitucional, quanto a ineficácia social das normas constitucionais demonstram uma perda crescente de valor e importância da Lei Fundamental, em consequência, principalmente, de um forte pragmatismo que vem monopolizando sua concretização. Em que pese, entretanto, o fato de essa dimensão pragmática não mais poder ser descartada da reflexão, visando os rumos do constitucionalismo, o que ela comprova é a insuficiência/deficiência da Constituição diante do que LASSALLE (1985) chamou *fatores reais do poder*.<sup>116</sup> Pode-se afirmar que essa denúncia, feita pelo jurista alemão, foi um divisor de águas na Teoria Constitucional, já que ensejou fortes reações e tentativas de responder a ela, dando origem, inclusive, à Teoria Material da Constituição.<sup>117</sup>

Entre as principais tentativas de contestar LASSALLE está a contribuição de HESSE, que percebeu não ser a fragilidade da Lei Fundamental decorrente apenas de uma questão prática, mas –e principalmente– de uma inconsistência

---

<sup>115</sup> Toda constitución es Constitución en el tiempo: la realidad social, a la que van referidas sus normas, está sometida ao cambio histórico y éste, en ningún caso deja incólume el Contenido da la Constitución. Cuando se desatiende dicho cambio, el contenido constitucional queda 'petrificado' y, a corto o largo plazo, no podrá cumplir sus funciones. De la misma forma, la constitución puede incumplir sus tareas cuando se adapta sin reservas a las circunstancias de cada momento; en tal caso sus normas ya no actúan como pauta de las circunstancias; sino que son éstas las que actúan como parametro de sus normas. (...) Por eso, desde la perspectiva da la Constitución en el tiempo, la Constitución sólo puede cumplir sus tareas allí donde consiga bajo cambiadas circunstancias preservar su fuerza normativa, es allí, donde consiga garantizar su continuidad sin perjuicio de las transformaciones históricas, lo que presupone la conservación de su identidad.

<sup>116</sup> No texto denominado *Konrad HESSE/ Peter HÄBERLE: um retorno aos fatores reais do poder*, COELHO (2001: 01) observa, a respeito desta questão: *como inquilinos desse hipotético edifício a todo instante se vêem a braços com o problema das tensões, melhor diríamos dos conflitos, entre Constituição e realidade constitucional, as idéias de Fernando Lassalle se impõem 'naturalmente' à sua reflexão.*

<sup>117</sup> No Capítulo II desenvolveu-se todo o percurso, das críticas à Teoria Formal da Constituição, passando pelas contribuições de LASSALLE, a origem da Teoria Material da Constituição a partir

teórica incapaz de dimensionar adequadamente a *força normativa da Constituição* (HESSE, 1991). Com efeito, o que o autor alemão auferiu, à época, é que sem uma devida consideração da amplitude teórica que detém o fenômeno constitucional seria impossível evitar que a Lei Fundamental sucumbisse ao poder. Aparece, então, neste momento, um forte impulso para consolidar a necessária materialidade da Carta Magna enquanto alternativa a uma *Constituição folha de papel* (LASSALLE, 1985).<sup>118</sup>

Ao que parece, contudo, atingir esse estágio não foi suficiente para contornar os problemas suscitados por LASSALLE e fazer valer a identidade de uma Constituição: se por um lado o reconhecimento de sua materialidade e da abertura constitucional incorpora à teoria a idéia de legitimidade e realização de bem comum, por outro surgiram problemas. O principal deles já foi apontado e diz respeito à interpretação constitucional.<sup>119</sup> CITTADINO (1999:31) afirma que

parece não restar dúvidas de que a realidade social, para os integrantes da Nova Hermenêutica<sup>120</sup>, não mais está confinada ao espaço pré-jurídico. A concepção material da Constituição, por todos priorizada, vem precisamente realçar o papel das diversas forças políticas –em sociedades plurais– na fixação dos princípios fundamentais do ordenamento constitucional. A Constituição aqui é a força normativa de uma comunidade histórica e, por consequência, a fonte real de validade de todo o sistema normativo.

Contudo, considerar-se a abertura da Constituição a partir do alargamento do círculo de intérpretes, implica o quê? A resposta declarada dos integrantes da Nova Hermenêutica é a democratização da interpretação constitucional. A que se oferece aqui é bastante diversa: com efeito, da abertura interpretativa da Constituição decorre um profundo irracionalismo jurisprudencial que compromete a garantia dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a concretização da

---

de SMEND e HELLER, que portanto, não serão retomadas aqui. Neste momento busca-se, essencialmente, situar a discussão e construir o caminho até RAWLS.

<sup>118</sup> Inútil retomar o histórico desenvolvido com exaustão no Capítulo II. Basta lembrar unicamente, que a Teoria Material da Constituição inicia-se com os trabalhos de HELLER e SMEND e adquire fôlego após a 2º guerra mundial com os trabalhos de HESSE, MÜLLER e HÄBERLE.

<sup>119</sup> Por ocasião do debate das categorias constitucionais na obra de RAWLS, verificou-se de que forma a justiça como equidade poderia colaborar com a teoria da interpretação constitucional.

<sup>120</sup> Recordando: MÜLLER, HESSE e HÄBERLE.

democracia constitucional, que é possível afirmar, porquanto o que se considera no momento é a inadequação/insuficiência da matriz epistemológica que dá sustentação à Teoria Material da Constituição, pois identifica-se com a matriz comunitária de notável caráter totalitário. Resumindo,<sup>121</sup> para justificar afirmação tão contundente, cabe dizer que, mesmo sendo considerada bem mais avançada pela maioria dos constitucionalistas (por querer representar a pluralidade de concepções de vida quanto, acima de tudo, por visar ao bem comum dentro de uma sociedade), a concepção dessa postura não é referendada neste trabalho, onde se sustenta que, tanto a idéia de abertura constitucional quanto a de bem comum (que supostamente representariam uma correção da compreensão formal de Constituição) são falaciosas. Assim, aqueles que reafirmam a Constituição como espelho da totalidade da esfera pública impedem a efetiva eficácia e legitimidade da Lei Fundamental, pois pretendem sustentá-la em uma unidade que deveria representar a complexidade e a pluralidade de valores que eles mesmos negam. Pretendendo representar a tudo e a todos, a Lei Fundamental corre o risco de não representar nada nem ninguém, ou seja, incorre no que se convencionou denominar de esvaziamento da Constituição. E mais: a procura pelo bem comum traz como consequência a crença (pois é irracional) de que realmente existe elementos de um suposto bem comunitário que, justamente por isso, podem ser aferidos de forma totalitária, motivo pelo qual se sustenta que, na verdade, a Teoria Material da Constituição tenta encobrir *os fatores reais do poder* que podem dominar uma Constituição ou *o decisionismo* de SCHMITT,<sup>122</sup> quando afirma que a Constituição é mero resultado de quem está em condições políticas de fazê-la e, principalmente,

Haverá de concluir-se, sem maior esforço, que as fórmulas apresentadas por esses juristas como soluções modernas para aqueles antigos problemas, embora de fabricação recente, são as mesmas chaves das mesmas velhas prisões. Por isso, o sucesso que eventualmente possam ter alcançado ao empreender a sua fuga parece ter decorrido muito mais da identidade das fechaduras do que da astúcia dos que lograram escapar da velhas prisões. É que,

---

<sup>121</sup> O debate universalismo liberal versus comunitarismo já foi encerrado.

<sup>122</sup> Grosso modo, há poucas diferenças entre as considerações de LASSALLE e de SCHMITT. Ver Capítulo II.

embora seguindo caminhos diversos, e não muito diferentes, o que HESSE e HÄBERLE fizeram, ao fim a ao cabo, foi constitucionalizar os fatores reais de poder, no que se mostraram competentes (COELHO, 2001: 02)

Com efeito, parafraseando o autor supracitado, poder-se-ia dizer que, mesmo disfarçada de concepção democrática, aberta e legítima, a Teoria Material da Constituição não esconde os fantasmas de LASSALLE e SCHMITT.<sup>123</sup>

Diante dos problemas suscitados, parece inadequado afirmar que a necessidade de reflexão sobre a Constituição e seu entorno foi superada. Pelo contrário, o que se tem hoje é um sem número de demandas que, na verdade, como se vem tentando demonstrar, radicam numa fonte comum: uma crise de racionalidade da Teoria Constitucional como instância epistemológica que abarca os problemas sistemáticos referentes à Lei Fundamental. Essa crise de racionalidade, fruto das limitações metodológicas da própria teoria, provocou o infortúnio de comprometer a construção/concretização da democracia constitucional. Com isso, ressalta-se, não se quer reduzir a dimensão da problemática que envolve a efetivação da democracia constitucional. Sustenta-se apenas que a referida crise de racionalidade é também um dos motivos que reduziram a sua força conformadora de relações sociais.

Em decorrência do acima exposto, não se pode desconhecer, contudo, que preocupação com a defesa da democracia constitucional é um tema que, em seara teórica, tem inúmeras possibilidades de aproximação. Algumas delas já foram confrontadas neste trabalho. Tratou-se, ainda que de forma assistemática e, basicamente, por se relacionarem de forma particular com o trabalho do professor americano, das contribuições dos chamados comunitários e de HABERMAS. Não se pode olvidar, que ainda que de forma bastante particular, os libertários também estão preocupados com a construção da democracia,<sup>124</sup> bem como os partidários da democracia radical, DWORKIN por exemplo. Essa lista não é exaustiva. Conta-se, atualmente com importantes contribuições de juristas garantistas,

---

<sup>123</sup> A frase original é: *por isso é que, embora disfarçado com trajes hermenêuticos, acreditamos ter visto o fantasma de Fernando Lassalle perambulando pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* (COELHO, 2001: 08).

cientistas políticos, enfim, várias possibilidades que como a filosofia política, a filosofia do direito ou, ainda, a própria filosofia constitucional (desvinculado da Teoria Constitucional) estão presentes no debate sobre a democracia constitucional. Ainda que insuficiente, ela não pode ser desprezada.

Como já ficou definido, o que se procura neste momento são as contribuições de RAWLS à democracia constitucional. Para tanto, contudo, é importante que se delimite o alcance destas eventuais contribuições, uma vez que as possibilidades de (re)construção racional da democracia constitucional através da obra do professor americano são muitas e, principalmente, recorrem a diversas opções.<sup>125</sup> Algumas delas, inclusive, já foram discutidas. Verificou-se, por exemplo, a possibilidade de fazer frente a determinados irracionalismos interpretativos, a forma como RAWLS vê a concretização dos direitos fundamentais, a inexorabilidade do Estado de Direito, enfim, vários mecanismos que, tomados em conjunto, caracterizam as preocupações do filósofo de Harvard com a democracia.

Tratar-se-á aqui, unicamente, de dois itens que se consideram relevantes e traduzem de forma global a preocupação do autor em relação ao tema em pauta. Eles se relacionam entre si e, em certa medida, com o conjunto da obra: a) a relação entre a democracia constitucional e a regra da maioria; b) a construção de um consenso constitucional como única forma de enfrentar o totalitarismo ou o *modus vivendi*.

---

<sup>124</sup> Isto pode ser afirmado a respeito de NOZICK pois ele é um libertário baseado em princípios, ou seja, ainda que discutíveis, sua obra é permeado por valores como a liberdade e a democracia.

<sup>125</sup> Por exemplo, a sua preocupação com a economia política nos moldes de SEN ou seus trabalhos referentes à psicologia são um claro exemplo de como RAWLS tem inúmeras perspectivas de considerar a possibilidade de concretização da democracia constitucional.

#### 4.3.1 Os direitos da maioria ou a superioridade dos direitos: RAWLS e a democracia fundamentalista.

RAWLS compartilha com ACKERMAN a idéia de que a democracia constitucional pode organizar-se com base em três modelos: a democracia dualista, a democracia monista e a democracia fundamentalista.

Para tornar mais fácil a identificação destas três classes de democracia constitucional seria interessante destacar a correspondência de cada uma delas com as democracias constitucionais existentes. Nesse sentido, a democracia dualista dos EUA. A democracia monista parece ser a forma como os ingleses (e também os israelitas) organizaram as suas próprias instituições políticas, enquanto que a democracia fundamentalista é a teoria que melhor descreve a prática constitucional alemã (ACKERMAN e ROSENKRANTZ, 1999: 15).<sup>126</sup>

Em linhas gerais, a característica mais importante da democracia monista é o amplo poder concedido à figura da representação. Para essa concepção, qualquer tipo de controle na atividade legislativa é vista como antidemocrática. Trata-se de perceber que para o monismo *não existe autoridade mais importante que as decisões de um parlamento. Com efeito, para o monismo carece de sentido a distinção básica do dualismo entre as decisões do povo e as dos representantes do povo* (ACKERMAN e ROSENKRANTZ, 1999: 15).<sup>127</sup>

Diametralmente oposta é a concepção fundamentalista de democracia constitucional. Sua marca distintiva é a primazia dos direitos fundamentais. Os fundamentalistas não negam a importância da soberania popular, porém restringem seu alcance ao sustentar que, mesmo diante de uma postura

---

<sup>126</sup> Para hacer más fácil la identificación de estas tres clases de democracia constitucional es bueno, desde el inicio, destacar la correspondencia de cada una de ellas con democracias constitucionales existentes. En este sentido, la democracia dualista es la que mejor describe la estructura básica de la democracia norteamericana. La democracia monista parece ser la forma en que los ingleses (y también los Israelíes), han organizado sus propias instituciones políticas mientras que la democracia fundamentalista es la teoría que mejor describe la práctica constitucional alemana.

<sup>127</sup> No hay una autoridad democrática más importante que el parlamento democráticamente elegido. En efecto, para el monismo carece de sentido la distinción básica del dualismo entre las decisiones del pueblo y las decisiones de los representantes del pueblo.

majoritária. os direitos e liberdades consagrados numa Constituição não podem ser tocados. *Em outras palavras, o fundamentalismo tem um compromisso com a democracia, porém tem, ainda, um compromisso mais profundo com o respeito aos direitos fundamentais. Obviamente membros partidários desta concepção divergem em quais são os direitos fundamentais que devem restringir as decisões populares* (ACKERMAN e ROSENKRANTZ, 1999: 23).<sup>128</sup> Segundo ELSTER (1998:27) esta, entretanto, não é a questão de maior relevância no momento de definir a democracia fundamentalista: *não é necessário definir o que são direitos, nem quais direitos possuem os indivíduos. É suficiente considerar a existência de certos princípios que se têm por direitos e a forma com o governo da maioria pode coloca-los em risco.*<sup>129</sup> Percebe-se, portanto, que mesmo não existindo, de fato, um acordo semântico a respeito de quais direitos seriam intangíveis, há um consenso em torno da inexorabilidade da Constituição em protegê-los.

Jon ELSTER (1998: 28-29) aponta para três riscos que decorrem da possibilidade de a Constituição sucumbir à regra majoritária. Em primeiro lugar, um governo majoritário sempre se verá tentado a manipular direitos políticos para aumentar sua possibilidade de perpetuar-se no poder.<sup>130</sup> Vem em seguida, a desconsideração do Estado de Direito, diante de um desejo ou um interesse transitório determinado pela maioria. Em qualquer caso, os direitos das minorias estão em perigo. Finalmente, pode ocorrer que este desejo ou interesse não seja transitório e a maioria suprima definitivamente direitos de grupos cujo expressão social é menor.

<sup>128</sup> En otras palabras, el fundamentalismo tiene un compromiso con la democracia aunque tiene un compromiso aún más profundo con el respeto a los derechos fundamentales. Obviamente miembros de esa escuela difieren en cuales son los derechos fundamentales que encorsentan, por así decirlo, las decisiones populares.

<sup>129</sup> No es necesario discutir qué son los derechos, ni qué derechos tienen los individuos. Es suficiente considerar la existencia de ciertos principios que se tienen por derechos, y cómo el gobierno d la mayoría podría ponerlos en peligro. Um traço, entretanto, parece ser comum: os partidários desta concepção consideram os direitos fundamentais como sendo unicamente os direitos individuais.

<sup>130</sup> ELSTER sugere alternativas como alterar as datas das eleições, alterar a distribuição do tempo de propaganda política pública, redesenhar distritos eleitorais para favorecer os interessados, facilitar a concessão de emissoras de rádio e televisão para particulares ou, ainda, o Estado ser seu proprietário. Embora em muitos destes casos a maioria aqui deva ser a parlamentar, a influência da maioria popular sempre é determinante.

Há outro traço importante que ajuda a elucidar de forma mais consistente a noção de democracia fundamentalista. Para essa concepção, é bastante comum a possibilidade de o parlamento, em sua atividade regular, ferir direitos fundamentais. Caso isso ocorra, o poder judiciário não somente pode como deve invalidar os atos normativos decorrentes. E, diante das posturas que sustentam que seria uma postura antidemocrática porque antimajoritária, os fundamentalistas respondem afirmando que é na defesa dos direitos que se atinge a democracia. Estes seriam, principalmente, sua via de acesso.

O terceiro modelo de democracia constitucional apontado por ACKERMAN e ROSENKRANTZ é o dualista. *Para iniciar com uma afirmação bem simples acerca do que se entende por dualismo constitucional, pode-se dizer que se trata de uma concepção que, acima de tudo, tenta diferenciar duas classes de decisões políticas às quais atribui um grau de legitimidade distinta. Primeiro, as decisões tomadas pelo povo propriamente dito e, segundo, as decisões tomadas pelo governo* (ACKERMAN e ROSENKRANTZ, 1999: 16).<sup>131</sup> Inicia-se, então, pelas decisões atinentes ao governo, uma vez que são bem mais freqüentes e fáceis de reconhecer. Trata-se de opções governamentais cujo objetivo é tornar viável a administração de um Estado. Com isso, não se quer afirmar que elas representem algum tipo de problema para a democracia constitucional. Quando o exercício do poder político é pautado em normas previamente estabelecidas, ou seja, quando decorrente da legalidade, estão dadas as condições de legitimidade.

O que a concepção dualista tenta descaracterizar, entretanto, é a identificação incondicional da legalidade com a legitimidade. Com efeito, mesmo um governo (incluindo-se aqui o parlamento) legítimo não está autorizado a tomar todas as decisões políticas/constitucionais em nome do povo. Algumas dessas decisões têm tamanha importância e afetam de forma tão decisiva os rumos de uma nação, que nenhum representante poderia ignorar ou assumir a titularidade da

---

<sup>131</sup> Para empezar con una afirmación bien corta acerca de lo que entendemos por dualismo podemos decir que el dualismo constitucional es una concepción que, por sobre todas las cosas, intenta distinguir entre dos clases distintas de decisiones políticas a las que adjudica distinta legitimidad; primero, decisiones tomadas por el pueblo mismo; segundo, decisiones tomadas por el gobierno.

escolha. Observa-se, por parte dos dualistas, contrariamente aos monistas, uma tentativa de conter os limites da representação. A idéia de representação, portanto, para esta concepção, não se identifica à noção de mandato incondicional e ilimitado. Ao contrário: para os dualistas, a principal função da representação é suscitar a legitimidade material, ou seja, criar o que ACKERMAN denomina de *momento constitucional*.

Estes momentos constitucionais estão caracterizados por distintas circunstâncias: primeiro, pelo fato de que um extraordinário número de cidadãos está seguro da seriedade do assunto que se discute. Seriedade muito maior que a seriedade que se outorga às decisões políticas normais; segundo, pelo fato de que todos os cidadãos tiveram a oportunidade de organizar-se para expressar sua forma de ver o problema que se discute; e, terceiro, pelo fato de que existe uma maioria partidária de uma determinada forma de resolver o problema em questão. Somente quando uma norma legal satisfaz estes três requisitos uma concepção dualista da democracia outorgará a esta norma a classe de legitimidade –mais alta– que se outorga às decisões tomadas pelo povo (ACKERMAN e ROSENKRANTZ, 1999: 16)<sup>132</sup>.

ACKERMAN e ROSENKRANTZ acreditam que a definição mais objetiva para a idéia que se quer representar com o termo *momento constitucional* é a de que uma profunda mobilização popular é capaz de levar/mudar decisões judiciais, envolvendo valores políticos.<sup>133</sup> O autor americano acredita que uma boa forma de explicar sua Teoria Constitucional da Democracia Dualista seria situá-la num ponto intermediário entre a devoção cívica propagada por ROUSSEAU, que ele considera atualmente impraticável, e a idéia de que a

<sup>132</sup> Estos momentos constitucionales están caracterizados por distintas circunstancias; primero, por el hecho que un extraordinario número de ciudadanos está seguro de la seriedad del asunto que se discute, seriedad mucho mayor que la seriedad que se otorga a las decisiones políticas normales; segundo, por el hecho que todos los ciudadanos han tenido la oportunidad de organizarse para expresar su forma de ver el problema que se discute; y, tercero, por el hecho que existe una mayoría partidaria de una determinada forma de solucionar el problema en cuestión. Solamente cuando una norma legal satisface estos tres requisitos una concepción dualista de la democracia le otorgará a esta norma la clase de legitimidad –mas alta– que se otorgará a las decisiones tomadas por el pueblo.

<sup>133</sup> ACKERMAN e ROSENKRANTZ (1999:16) apontam as emendas constitucionais posteriores à Guerra Civil americana e os New Deal como processos históricos que se podem denominar de momentos constitucionais. Questão interessante e que se coloca neste momento é se no Brasil existiram alguns momentos constitucionais. Uma resposta intuitiva, neste momento, tenderia a ser negativa. As possibilidades de aplicação e as conseqüências práticas da Teoria Rawlsiana da Constituição no Brasil, entretanto, serão avaliadas por ocasião da conclusão.

cidadania resume-se à prática do voto. Um momento constitucional seria, dessa forma, um ponto equidistante entre essas duas perspectivas. É o que se deduz das colocações de ACKERMAN (1995: 519):

No centro da minha Teoria Constitucional da Democracia Dualista existe a seguinte pergunta: o que é possível esperar dos cidadãos comuns que vivem em uma sociedade moderna e diferenciadora caracterizada pela divisão do trabalho? Obviamente, é totalmente irrealista esperar a classe de compromisso cívico que esperava encontrar ROUSSEAU. Porém, quer isto dizer que devemos aceitar a prisão burocrática que representa o formalismo do voto?

<sup>134</sup>

Com certeza, não para ACKERMAN ou nem mesmo para a democracia fundamentalista. Ambas as compreensões outorgam um espaço privilegiado ao povo ou à mobilização popular, como à defesa dos direitos. *A diferença entre dualismo e fundamentalismo é que o dualismo é democrático primeiro e protetor de direitos depois (definidos de acordo com a decisão democrática de uma maioria mobilizada). O fundamentalismo reverte esta prioridade. De acordo com esta visão, a Constituição é primeiro e principalmente, um instrumento de proteção de 'direitos' de tal forma que somente depois que estes direitos estão garantidos, o processo democrático pode seguir seu curso* (ACKERMAN e ROSENKRANTZ, 1999: 25).<sup>135</sup>

A partir destas definições, já se pode começar a contemplar a opção de RAWLS. Em linhas gerais, o professor americano assume em seus trabalhos a compreensão de democracia constitucional dualista proposta por ACKERMAN por ser a que melhor abarca e soluciona os problemas da Constituição na atualidade. Com efeito, segundo RAWLS (1995: 222), o modelo dual é o

<sup>134</sup> En el centro de mi Teoría Constitucional de la Democracia Dualista existe la siguiente pregunta: ¿Qué es realista esperar de los ciudadanos comunes que viven en una sociedad moderna y diferenciadora caracterizada por la división del trabajo? Obviamente, es totalmente irrealista esperar la clase de compromiso cívico que esperaba ROUSSEAU. Pero, ¿quiere decir ello que debemos prepararnos para el 'corsé de hierro' de la burocracia envuelta en el formalismo del voto?

<sup>135</sup> La diferencia entre dualismo y el fundamentalismo es que el dualismo es democrático primero y protector de derechos después (definidos de acuerdo a la decisión democrática de una mayoría movilizada). El fundamentalismo revierte esta prioridad. De acuerdo a esta visión, la Constitución es, primero y principal, un instrumento de protección de 'Derechos' de tal modo que sólo después que estos 'Derechos' son garantizados el proceso democrático puede abrirse si propio camino.

resultado da diferença entre poder constituinte e poder constituído, donde se atribui a superioridade da Lei Fundamental ao fato de ter sido elaborada pelo povo, que, por conseguinte, deve rejeitar a supremacia parlamentar. Aqui, fica claro então, o quanto o professor de Harvard distancia-se do modelo democrático monista. O problema a ser enfrentado decorre, no entanto, da aparente aproximação do autor do *Liberalismo Político*, para com o modelo fundamentalista.

De fato, essa é uma leitura possível. Embora se deva alertar para o fato de RAWLS não abandonar o modelo de democracia dualista, ele propõe uma reformulação nos termos de ACKERMAN e sustenta a supremacia dos direitos fundamentais sobre a regra majoritária, como comprova:

ACKERMAN propõe que um compromisso com a democracia dualista implica que a Suprema Corte deve aceitar como válida a emenda constitucional [que se proponha através da forma majoritária a restringir direitos fundamentais]. Eu, contrariamente, desejo negar isto. Ainda que ACKERMAN diga que se orgulharia de pertencer a uma geração que 'resguardou' a Declaração de Direitos, pois esta declaração poderia dar origem a um regime bem mais ideal, este 'resguardo', em sua opinião é contrário a nossa democracia dualista (RAWLS, 1995: 226)<sup>136</sup>.

Os motivos para a limitação imposta à democracia dualista através do direito, pelo menos da forma ampla como ACKERMAN a apresenta, já foram apontados anteriormente.<sup>137</sup> O que se deve caracterizar, nesta oportunidade, é apenas o fato de que para RAWLS, se dos chamados *momentos constitucionais* resultarem restrições aos direitos fundamentais, não são esses momentos que se tem, mas se está diante de rupturas antidemocráticas.

---

<sup>136</sup> ACKERMAN propone que un compromiso con la democracia dualista implica que la Suprema Corte debe aceptar como válida la emienda constitucional, y en cambio yo deseo negar esto. Aunque ACKERMAN dice que se orgullecería de pertenecer a una generación que 'atrincheró' la Declaración de Derechos, pues esta declaración daría un régimen más ideal, 'el atrincheramiento', en su opinión, es contrario a la idea de nuestra democracia dualista.

<sup>137</sup> Resumidamente, pode-se apontar para o fato de RAWLS a) ter uma teoria dos direitos fundamentais; b) epistemologicamente, sua teoria se sustenta na superioridade destes direitos; c) a liberdade prioritária para RAWLS é aquela que permite ao homem realizar a suas capacidades morais e à exceção dos limites impostos pela justiça o autor não reconhece nenhum outro; d) a postura cética de RAWLS em relação à idéia de que democracia é algo consolidado em qualquer território até mesmo nos EUA; e) a falta de confiança na instituições; e, finalmente, o papel atribuído à razão pública e à Corte Constitucional.

Com efeito, RAWLS não pode deixar de identificar a prática majoritária como sendo muito próxima do utilitarismo que sempre quis combater. A estreita conexão entre o utilitarismo e a regra da maioria é o fulcro para a compreensão da postura do autor americano no tocante à democracia e, especialmente, para demonstrar como se clausura o sistema rawlsiano.<sup>138</sup> Há que se prestar bastante atenção no exemplo que tenta coadunar regra e governo da maioria:

Se a maioria das pessoas prefere *x* em lugar de *y*, então é muito provável que a eleição de *x* produza um maior bem-estar daquele que seria produzido caso a escolha tivesse resultado em *y*. Ainda que seja possível rebater este exemplo, dado que as preferências podem variar de intensidade, a idéia geral não parece estar invalidada. [ou seja, a relação utilidade/maioria] A conexão entre o governo da maioria e o utilitarismo tem sua confirmação no fato de que ambas têm o mesmo oponente: o defensor dos direitos individuais (ELSTER, 1998: 25)<sup>139</sup>.

Tal é o caso de RAWLS. Ao fazer dos direitos individuais um traço iniludível de sua Teoria Constitucional, o autor apresenta a forma de rejeitar constitucionalmente tanto as decisões majoritárias quanto o princípio da utilidade, pois ambos representam, política e epistemologicamente, uma ameaça clara aos direitos e liberdades básicas.

Finalmente, e ainda dentro desse contexto, o autor tenta (re)significar o papel do voto, tratando-o como mais um mecanismo de imposição de limites à maioria. Sem dúvida, encontra-se aqui uma importante contribuição do professor americano ao debate sobre a democracia constitucional, já que o voto, para RAWLS, não é uma questão privada ou até mesmo pessoal. E a razão pela qual o autor afirma a posição parece bastante clara: garantindo-se o alcance da influência

---

<sup>138</sup> Trata-se num primeiro momento de perceber que, se RAWLS rompe em várias questões com a proposta inicial de sua obra, especialmente por ocasião da passagem de Uma Teoria da Justiça para o Liberalismo Político, esta transformação é de meios e, em certa medida de fins, mas o elemento epistemológico que define a sua obra -a defesa incondicional da liberdade e dos direitos fundamentais- é a chave para a sua continuidade e principalmente, o elemento de clausura do sistema teórico de RAWLS.

<sup>139</sup> Si la mayor parte de las personas prefiere *x* en lugar de *y*, entonces es probable que la elección de *x* produzca mayor bienestar agregado que el que se habría generado si hubiese elegido *y*. Si bien es sencillo pensar en contraejemplos, dado que las preferencias pueden diferir en intensidad, la correlación general no queda invalidada. (...)La conexión entre gobierno de la mayoría y el utilitarismo tiene su confirmación en el hecho de que ambas tienen el mismo oponente: el defensor de los derechos individuales.

dos interesses pessoais na razão pública, assegura-se o princípio da legitimidade política liberal, ou seja, a idéia de limitar o uso de poder coercitivo do Estado unicamente às razões que possam ser aceitas por todos os cidadãos.

Um cidadão que justificasse seu voto em função das melhorias dos interesses privados, ou em função de sua visão religiosa ou moral compreensiva, estaria em contradição com a razão pública livre. Ele faltaria com seu dever moral de civilidade. Esse exige que se considere o voto a favor de certas medidas como justificável por uma concepção política de justiça. Se o *Liberalismo Político* exigisse que o *discurso* público fosse conduzido no âmbito da razão pública, permitindo, contudo, aos cidadãos votarem de acordo com seus interesses privados e com suas concepções compreensivas particulares, dele resultaria uma hipocrisia fundamental que ameaçaria a própria razão pública. Agindo desse modo, os cidadãos violariam, com efeito, o princípio liberal da legitimidade política: eles proporiais que o poder estatal compartilhado por todos fosse exercido de uma maneira impossível de ser justificada com base em razões aceitáveis por cada um dos cidadãos (GUILLARME, 1996:332)<sup>140</sup>.

Por último, duas ponderações necessárias. Uma, diz respeito à aparente semelhança entre as proposições usadas por ROUSSEAU e RAWLS, no tocante respectivamente ao voto. A outra, é o redimensionamento dos processos democráticos majoritários em função dos direitos fundamentais. Com efeito, a primeira questão não passa de uma proximidade aparente, uma vez que ambos têm em comum a rejeição da submissão dos interesses públicos aos interesses privados. Não se trata, contudo, de referendar a vontade geral, por parte de RAWLS. Nem caberia, pois essa figura para o liberalismo rawlsiano não passa de um processo de homogeneização de interesses privados. Para o professor americano, a solução está em diferenciar a esfera pública/esfera não-pública. Uma é onde se localizam os interesses públicos, a outra é onde se localizam os

---

<sup>140</sup> Un citoyen qui justifierait son vote par l'avancement de ses intérêts privés, ou la réalisation de sa vision religieuse ou morale exhaustive, serait en contradiction avec la raison publique libre. Il manquerait à son devoir moral de civilité. Celui-ci exige de considérer la vote en faveur de certaines mesures comme justifiable par une conception politique de la justice. Si le libéralisme politique exigeait que le *discours* public soit conduit en termes de raisons publiques, tout en permettant aux citoyens de voter selon leurs intérêts privés et leurs conceptions exhaustives particulières, il en résulterait une hypocrisie fondamentale qui menacerait la raison publique elle-même. En agissant de la sorte ils violeraient en effet le principe libéral de la légitimité politique: ils proposeraient que le pouvoir étatique partagé par tous soit exercé d'une manière impossible à justifier sur la base de raisons acceptables par chacun des citoyens.

interesses privados. O consenso almejado diz respeito às razões públicas, ou seja, àquelas que podem ser compartilhadas por todos sem ferir os interesses privados que estão fora do alcance de um acordo democrático, ainda que passível de ser atingido pelo voto.

GUILLARME (1996: 333) sintetiza muito objetivamente esta questão:

A democracia constitucional examinada por RAWLS não é, portanto, contraditória à idéia de procedimentos majoritários. Mas o funcionamento desses procedimentos *supõe* um elemento filosófico que exprime um ideal de razão democrática. A discussão e o princípio majoritário que caracterizam toda a vida política são examinadas no plano definido pelo dever de civilidade, que RAWLS concebe como corolário obrigatório do liberalismo justificado por sua teoria da justiça. Certos autores [referindo-se aos comunitários e aos críticos legais] sustentam, contra RAWLS, que as questões de justiça devem ser decididas pelos procedimentos democráticos ordinários. É, entretanto, significativo o fato de que nenhum desses autores explicita a visão de estabilidade associada a esta proposição: porque os cidadãos deveriam aceitar o resultado desses procedimentos uma vez que eles colocam sistematicamente em perigo seus direitos fundamentais?<sup>141</sup>

A resposta de RAWLS seria bem clara: não se deve aceitar nenhuma possibilidade de abalar os direitos fundamentais. Eles são o âmago de qualquer democracia que se pretenda constitucional e somente a partir de sua defesa incondicional é possível a construção de um consenso constitucional.

#### 4.3.2 Constituição e consenso constitucional: para sair do *modus vivendi*

Finalmente, neste item derradeiro, pretende-se abordar a possibilidade de construção de um consenso constitucional a partir das ponderações levantadas por

---

<sup>141</sup> La démocratie constitutionnelle envisagée par RAWLS n'est donc pas en contradiction avec l'idée de procédures démocratiques majoritaires. Toutefois, le fonctionnement de ces procédures *suppose* un élément philosophique, qui exprime un idéal de la raison démocratique. La discussion et le principe majoritaire qui caractérisent toute vie politique sont envisagés dans laire. A obligé du libéralisme justifié par sa théorie de la justice. Certains auteurs maintiennent contre RAWLS que les questions de justice doivent être décidées par les procédures démocratiques ordinaires. Il est pourtant significatif qu'aucun ne rende explicite la vision de la stabilité associée à cette proposition: pourquoi les citoyens devraient-ils accepter le résultat de ces procédures lorsqu'elles mettent systématiquement en péril leurs droits fondamentaux?

RAWLS, especialmente quando ele discute a estabilidade de sua teoria. Trata-se de uma contribuição modesta, subjacente ao overlapping consensus, que é onde efetivamente o professor americano se detém com vagar. Sustenta-se, contudo, que, mesmo modestas, as suas ponderações sobre permanência e legitimidade de uma Constituição, merecem ser consideradas.

O consenso constitucional é o ponto intermediário entre o modus vivendi e o overlapping consensus. Recordando, o modus vivendi é um consenso fundado na autoridade cuja unidade social é apenas aparente e, portanto, a estabilidade passível de proporcionar a uma determinada sociedade é sempre contingente. Por outro lado, overlapping consensus é um consenso profundo em torno de uma concepção política de justiça, sustentado na vontade de seus participantes de aderir a ele. Tende, portanto, a ser estável e duradouro.<sup>142</sup>

Já o consenso constitucional *não é nem profundo e nem amplo. Trata-se de um acordo estreito, pois não envolve a estrutura básica da sociedade, mas unicamente os procedimentos do governo democrático.*<sup>143</sup> Com efeito, embora consista num avanço em relação ao modus vivendi, pois não está sujeito ao cálculo dos interesses dos participantes, limitando, em certa medida, as possíveis instabilidades decorrentes das alterações de forças sociais, ainda assim apresenta, na opinião de RAWLS, grandes problemas.

Por não ser profundo, limita-se a estabelecer certas liberdades e direitos políticos básicos, bem como certos critérios para a tomada de decisões coletivas. Igualmente, por ter como objeto apenas as liberdades e os procedimentos de decisão, deixa outras questões em aberto: não especifica o alcance a ser dado aos direitos políticos básicos, o que fazer em caso de conflito entre eles e, principalmente, deixa as preocupações para com a igualdade fora de seu alcance. Finalmente, seria um consenso insuficiente, para RAWLS, pois não pode ser justificado nem por alguma concepção de justiça que todos os destinatários da Constituição pudessem referendar ou, muito menos, por qualquer concepção compreensiva presente na sociedade. Decorre disso que o consenso constitucional

---

<sup>142</sup> Esses conceitos foram abordados no Capítulo III.

não pode assegurar sua própria estabilidade. A única forma de superar essas deficiências seria o overlapping consensus.

Se bem que não se discorde da pretensão final do autor, o objetivo é a análise do consenso constitucional. Nesse sentido, não se desconsideram os limites e as críticas apontadas por RAWLS, mas não se deixa, igualmente, de reconhecer que a idéia de atingir-se um consenso em torno da Constituição é atrativa, uma vez que, como o próprio autor sustenta, trata-se de um consenso em torno ao que interessa: a proteção dos direitos fundamentais. Sem dúvida é desta possibilidade –que para o professor parece insuficiente– que podem surgir outras, como repensar a legitimidade e a eficácia social de uma Constituição.

Que a forma de convívio social, atualmente, é pautada por um *modus vivendi*, porquanto não vá além da mera acomodação social, é um dado que parece evidente. Estender esse dado para a seara do direito, especialmente a constitucional, embora demande uma certa argumentação, também parece pacífico. Com efeito, o *modus vivendi* estaria associado a um positivismo estreito que não requer qualquer fundamento ético ou moral para a ordem jurídica, sendo seu fundamento de validade mera conjuntura de poder.<sup>144</sup> E, mesmo teorias que exigem tal fundamento para a sua validade não se mostraram muito eficazes em termos de estabilidade e legitimidade, reforçando a idéia de ausência de um sentimento constitucional, o que permite afirmar que o *modus vivendi* é a tônica do constitucionalismo contemporâneo. O que se pretende verificar, portanto, são as chances do consenso constitucional rawlsiano ultrapassar o *modus vivendi* do constitucionalismo atual.

---

<sup>143</sup> The constitutional consensus is not deep and it is also not wide: it is a narrow interpretação scope, not including the basic structure but the political procedures of democratic government.

<sup>144</sup> CITTADINO (1999: 14) argumenta que essa é inclusive a tônica do pensamento jurídico brasileiro. Trata-se de pensamento *marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Uma cultura jurídica positivista e privatista atravessa não apenas os trabalhos de autores vinculados à área do direito privado, mas também caracteriza a produção teórica de muitos dos nossos publicistas. Em todos estes autores a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais. Inclusive pelo fato de que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia. Em outras palavras, a cultura jurídica brasileira está comprometida majoritariamente com um liberalismo do modus vivendi.*

RAWLS coloca a seguinte demanda: *como seria possível atingir um consenso constitucional? [ou] como seria possível obter-se, através do tempo, o referendo geral a uma Constituição que satisfaça os princípios liberais da justiça nela contidos e consiga afirmar-se como um consenso constitucional?*<sup>145</sup> O primeiro argumento usado pelo autor seria o do reconhecimento do valor de viver em Constituição:

Pode-se pensar que muitos cidadãos, senão a maioria deles acabam por afirmar ou professar os princípios da justiça incorporados a sua Constituição e a sua prática política sem perceber nenhuma conexão particular entre estes princípios e seus demais pontos de vista. Entretanto, é possível que os cidadãos apreciem o bem que se atinge através da aplicação destes princípios, tanto para eles quanto para aqueles que dependem deles, assim como para toda a sociedade. Este reconhecimento seria o que levaria a professar e subscrever o valor de uma Constituição. No caso de que posteriormente se reconheça uma incompatibilidade entre os princípios da justiça e suas doutrinas mais compreensivas, poderiam ajustar ou revisar as referidas doutrinas em lugar de rejeitar seus princípios (RAWLS, 1996: 160)<sup>146</sup>.

Para RAWLS, a possibilidade de se obter um consenso constitucional é também garantida pelas instituições políticas básicas regidas pelos princípios da justiça, que devem conter três características: a) fixar o conteúdo definitivo dos direitos e liberdades básicos e determinar quais deles são prioritários; b) assegurar que a razão pública se sustente em argumentos constitucionais, levando a Constituição ao centro do debate público; c) a Constituição deve promover as virtudes de uma cooperação social estabelecida em termos de razoabilidade e disposição para o diálogo.

---

<sup>145</sup> How might a constitutional consensus come about? [or] how might it happen that over time the initial acquiescence interpretation constitution satisfying these liberal principles of justice develops into a constitutional consensus interpretation which those principles themselves are affirmed?

<sup>146</sup> This suggests that many if not most citizens come to affirm the principles of justice incorporated into their constitution and political practice without seeing any particular connection, one way or the other, between those principles and their other views. It's possible for citizens first to appreciate the good those they care for, as well as for society at large, and then to affirm them on this basis. Should an incompatibility later be recognized between the principles of justice and their wider doctrines, then they might very well adjust or revise these doctrines rather than reject those principles.

A explicação para estas características encontra-se em aplicar a psicologia moral que já foi delineada. Lembrem-se que foi dito que: a) além da capacidade de ter uma concepção de bem, os cidadãos têm a capacidade de aceitar os princípios políticos razoáveis da justiça e o desejo de atuar conforme estes princípios; b) quando os cidadãos acreditam que as instituições e os procedimentos políticos são justos (tal como o especificam os princípios), estão dispostos a cumprir com sua parte nestes acordos quando estão seguros de que os outros também vão cumprí-los; c) se outras pessoas com evidente intenção de jogar limpo cumprem com sua parte, as pessoas tenderão a confiar nelas; d) esta confiança e confiabilidade tornam-se cada vez mais forte na medida que o sucesso deste acordo vá permanecendo; e. e) a confiança também se acrescenta conforme se reconhecem mais voluntária e firmemente as instituições básicas que dão forma aos nossos interesses (RAWLS, 1996: 163)<sup>147</sup>.

Acima de tudo, o que RAWLS quer mostrar é que uma Constituição advinda de um *modus vivendi* pode tornar-se um compromisso democrático dentro de um Estado. Para isso, faz-se mais que necessário a (re)tomada da confiabilidade nas instituições, em particular a Lei Fundamental. Nesse caminho, encontra-se, segundo o autor, a necessidade urgente de redimensionar o papel da razão pública. Será de sua incumbência organizar e manter presente o debate sobre os valores constitucionais, levando os indivíduos de forma gradual e processual a desejar viver em Constituição. Unicamente a partir dessa possibilidade pode-se imaginar a *palingenesia iuris politici*. Se for pedir demais, fica, pelo menos aberto o debate.

---

<sup>147</sup> The explanation for this lie interpretation applying the moral psychology sketched interpretation. Recall that we said that a) besides a capacity for a conception of the good, citizens have a desire to act on these principles; b) when citizens believe that political institutions and procedures are just (as these principles specify), they are ready to do their part interpretation those arrangements when assured others will do theirs; c) if others persons with evident intention do their part, people tend to develop trust interpretation them; and c) this trust and confidence became stronger as success of the arangetions is sustained; and e) trust also increases as the basic institutions framed to secure our fundamental interests are more firmly and willingly recognized.

## CONCLUSÃO

Esta tese propôs-se a (re)pensar a Teoria Constitucional num escopo ético e democrático. Para levar a termo este objetivo, escolheu-se como instrumento de trabalho a obra de John RAWLS, que é, sem conteste, uma possibilidade lícita e eficaz de dar voz a um elemento externo ao discurso sobre a Lei Fundamental (a filosofia política), sem levar, entretanto, a um completo desvirtuamento dos pressupostos teóricos e epistemológicos da própria Teoria da Constituição mas que permitisse, concomitantemente, a sua continuidade e renovação.

Mas se essa foi a pretensão global, vários propósitos paralelos foram necessariamente estabelecidos para viabilizar o resultado final deste trabalho. São finalidades colaterais tão importantes quanto o desiderato maior. Foi possível perceber, ao longo do estudo, que o redimensionamento teórico da Teoria Constitucional não deveria excluir, antes deveria pressupor ou incluir no momento de sua avaliação, todo o processo histórico, teórico e político que a conformou, proposta delineada e confirmada no Capítulo I. Revendo o procedimento, frisou-se na oportunidade que somente interrelacionando as causas que lhe deram origem seria possível compreender a Teoria Constitucional por inteiro. Com esse intuito foram salientados alguns aspectos do pensamento de ARISTÓTELES, de CÍCERO, do constitucionalismo medieval e, principalmente, as relações do pensamento constitucional com o liberalismo e com o iluminismo, notadamente através de autores como HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU, MONTESQUIEU, KANT e SIEYÈS, quando foi possível estabelecer que este último constitui-se como ponto de ruptura com o pensamento liberal.

SIEYÈS, ao propor a distinção/diferenciação entre os poderes constituinte e constituído, abriu espaço para a idéia de superioridade formal da Lei Fundamental, notadamente após sua positivação. Esse fato acabou por desencadear o surgimento de um discurso racional sobre a Constituição que se convencionou chamar, à época da República de Weimar (permanecendo até hoje) de Teoria Constitucional (ou Teoria da Constituição).

Este tópico, um dos mais relevantes da pesquisa, demonstrou como a referida teoria é marcada por uma cisão no âmago de seu discurso, cindindo-se em Teoria Material da Constituição, de um lado, e Teoria Formal da Constituição, de outro. Trata-se de duas possibilidades antagônicas de se conceber a Lei Fundamental e suas relações com o entorno político e social. Cabe frisar que nesta tese não se enunciou a superioridade de uma sobre a outra. A proposta foi, ao contrário, dar luz à deficiência/insuficiência de ambas. Não se pode deixar de reconhecer, contudo, que os pressupostos epistemológicos que sustentaram esta pesquisa foram os liberais, razão da preferência política pelas possibilidades metodológicas da vertente formal do constitucionalismo atual, que permitem revisão e renovação e, conseqüentemente sua longevidade.

Por último, ainda no Capítulo II, foram identificados alguns dos desafios que a história e a política lançaram à Teoria Constitucional: a) a crise do constitucionalismo formal; b) a deficiência do constitucionalismo material; c) os movimentos contestatórios do Estado e da própria Constituição; d) a ineficácia social das normas constitucionais; e) a crescente jurisprudencialização da Lei Fundamental; e, finalmente, f) a incapacidade de promover e sustentar a democracia constitucional. Tomados em conjunto, pode-se dizer que estes fatores levaram a nocaute a Teoria da Constituição, pois, embora englobem várias espécies de problemas (crise do Estado, crise de legitimidade, crise do poder judiciário, etc.) há, sem dúvida, entre esses fatores, um aspecto que atinge de forma exclusiva o objeto desta tese, e que se convencionou denominar crise de racionalidade da Teoria Constitucional.

Outrossim, foi a partir de então que a obra de John RAWLS surgiu como alternativa. Quer-se insistir, neste momento, sobre o fato de que o pensamento do autor não foi percebido, em nenhuma oportunidade, como a panacéia da Teoria Constitucional ou, mais ainda, como a única e última tentativa de resgatá-la das cinzas. Pelo contrário, considera-se como relevante qualquer teoria que tenha como objetivo a proteção dos direitos fundamentais, através do Estado de Direito e da Constituição. O trabalho do professor americano apenas pareceu, entre as

diversas alternativas, a que melhor se adequava aos primados teóricos e ideológicos da autora desta tese.

É o contexto em que foi, então, inserida no debate a *justiça como equidade*. Para tanto, procedeu-se, em primeiro lugar, ao detalhamento da obra de John RAWLS. Como deve ter sido possível constatar, o trabalho consiste em um sistema auto-referente, em que os conceitos são inseridos tendo como finalidade explicitar a dinâmica interna da própria teoria, o que ocasionou a necessidade, na presente tese, de optar-se por considerar apenas os elementos que tivessem uma função indispensável no presente trabalho, enquanto instrumentos de mediação entre a Teoria Constitucional, por um lado, e a idéia de justiça, por outro. Da mesma forma, a pesquisa centrou-se prioritariamente nas principais obras do professor americano e subsidiariamente em seus principais críticos –liberais, neo-liberais, comunitários e HABERMAS. Tal recorte se impôs devido ao fato de o pensamento rawlsiano ter sido uma fonte inesgotável de trabalhos e publicações, muitas vezes de qualidade duvidosa e movidos apenas pela curiosidade ou modismos acadêmicos.

Considerados os elementos levantados, foi possível, finalmente, dar início ao trabalho de construção da Teoria Rawlsiana da Constituição, tendo como referência o âmbito material da Teoria Constitucional. Procurou-se comprovar a presença dos elementos que a compõem na *justiça como equidade*. Esse procedimento, que poderia ter sido apenas inicial, permitiu, além de caracterizar os elementos presentes na hipótese central desta tese, a apresentação das primeiras contribuições de John RAWLS à crise de racionalidade político-constitucional.

Com efeito, ainda que em decorrência de uma opção metodológica para fins de organização lógica deste trabalho, foi necessário apresentar as possíveis contribuições do autor à crise de racionalidade da Teoria da Constituição e à concretização da democracia constitucional somente ao final do Capítulo IV, como se fossem questões isoladas. É importante, neste momento de apreciação final do texto, perceber que, na verdade, há muitos outros subsídios esparsos que podem se constituir nos primórdios da Teoria Constitucional Rawlsiana. Tal é o

caso: a) da teoria do poder constituinte limitado por princípios da justiça que devem ser lidos como restrições éticas ao poder de fazer uma Constituição; b) da presença de um sistema fortemente estruturado de direitos fundamentais; c) do estabelecimento de novas bases para a interpretação constitucional, que supera claramente os limites da tópica; d) da (re)definição dos limites de atuação dos órgãos encarregados do controle de constitucionalidade; e) da atribuição de competência para suscitar o debate em torno da razão pública pela Corte Constitucional; e, finalmente, f) da idéia de processualidade da Constituição como fonte co-constitutiva da igualdade material.

Outro elemento, igualmente importante, vem confirmar uma das hipóteses principais deste trabalho. Trata-se dos pressupostos epistemológicos do autor. Na ocasião, procurou-se demonstrar a possibilidade de caracterizar sua teoria enquanto uma Teoria Formal da Constituição, mas onde é possível localizar elementos materiais, cuja presença, entretanto, não desvirtua as suas ligações com o constitucionalismo liberal. Espera-se que tenha restado evidente que o trabalho de John RAWLS permite a continuidade e a renovação da Teoria Constitucional a partir do liberalismo igualitário, o que corrige as principais críticas efetuadas a JELLINEK e KELSEN.

No último tópico do Capítulo IV, apresentaram-se unicamente as questões relativas à democracia constitucional. Isso foi efetuado, como já se disse, apesar da forte convicção de que a *justiça como equidade* representa globalmente uma contribuição expressiva. Havia a necessidade, entretanto, de pôr em destaque estas duas possibilidades, uma vez que, desde o início desta tese, procurou-se demonstrar que somente a vontade política de viver sob uma Constituição é capaz de dar algum sentido à Teoria Constitucional. Para que essa possibilidade adquirisse um mínimo de eficácia, qualquer Lei Fundamental que se propusesse a ser tratada como tal teria diante de si o desafio de preservar e proteger os direitos fundamentais.

Dois pontos ainda poderiam provocar inquietudes sobre o tema. Trata-se, por um lado, da possibilidade que o autor aponta no sentido de construir uma Constituição universal, notadamente a partir do *The Law of Peoples* (1999) e, por

outro lado. das relações da obra de John RAWLS com o constitucionalismo pátrio.

Rapidamente, sobre o primeiro ponto é permitido afirmar que, em se considerando o atual contexto político internacional, particularmente o vivido hoje nos Estados Unidos, trata-se de um tema que deve crescer em importância. Naquele trabalho, o professor aponta a possibilidade de aplicar seus princípios de justiça à sociedade internacional, pois, em sua opinião, eles seriam equivalentes aos princípios políticos do direito das gentes. Essa obra não foi bem recebida pela comunidade acadêmica e despertou maiores reservas que o *Liberalismo político*. Não seria precipitado dizer que *The Law of peoples* representa até mesmo um desvirtuamento da obra do autor, embora, paradoxalmente, represente um avanço nos termos propostos em *Uma Teoria da justiça*, pois que aborda a idéia de justiça internacional. Ainda seria possível dizer que, acompanhando a trajetória final da teoria rawlsiana, se está diante dos rumos atuais da própria política americana.

Já no tocante ao constitucionalismo pátrio, John RAWLS pode apresentar outra possibilidade de leitura da Constituição Federal de 1988. Com efeito, uma de suas leituras mais consistentes é aquela que procura sustentá-la enquanto documento comunitário. Se, contudo, não se trata de uma visão equivocada, pode-se dizer pelo menos, com base no pensamento de RAWLS, que se trata de uma leitura parcial. Isto ocorre porque, ainda impera no Brasil uma perspectiva bastante defasada de conceber o liberalismo político e suas relações com a Constituição. É um fato que impede até os mais importantes juristas pátrios de pensar a Lei Fundamental como um compromisso do liberalismo igualitário e da justiça distributiva. De resto, todas as considerações a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, da interpretação constitucional e o papel do Suprema Corte representam importantes subsídios.

Finalmente, pode-se então afirmar que foi possível confirmar a hipótese inicial de trabalho, a partir da configuração de uma *Teoria Rawlsiana da Constituição*. Os resultados, não custa insistir, foram surpreendentes, muito embora possam, inclusive, ser considerados insuficientes para a tão desejada democracia constitucional. Com efeito, sempre que observada em termos teóricos,

parecerá muito pouco. Desprezando, porém, a contribuição de RAWLS, relegar-se-á a um futuro distante essa necessidade fundamental.

## BIBLIOGRAFIA

1. ACKERMAN, Bruce e ROSENKRANTZ, Carlos F.. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: ACKERMAN, Bruce e ROSENKRANTZ, Carlos F. (Orgs.). **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad**. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991. p.13-31.
2. ACKERMAN, Bruce. **La Política del diálogo liberal**. Traducción de Gabriela L. Alonzo. Barcelona: Gedisa, 1999. (Série Cla-de-ma Derecho/Filosofía del Derecho).
3. \_\_\_\_\_. Liberalismos políticos. Traducción de Jorge F. Malem Seña. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. N.º 17-18. Madrid: Universidad de Alicante, 1995. p. 25-51.
4. \_\_\_\_\_. **We the people, 1 – foundations**. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993.
5. ACOSTA SÁNCHEZ, José. Transformación de la Constitución en el siglo XX. In: **Revista de estudios políticos**. Madrid: Nueva Epoca, Abril-Junio 1998, n.º 100. p. 57-100.
6. AGESTA, Luis Sanches. Sobre la crisis del regimen parlamentario en Carl Schmitt. In: **Revista de estudios políticos**. Madrid: Nueva Epoca, Abril-Junio 1989, n.º 64. p. 07-23.
7. ALTABLE, María Pilar González. Liberalismo vs. Comunitarismo (John Rawls: una concepción política del bien). In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. N.º 17-18. Madrid: Universidad de Alicante, 1995. p. 117-136.
8. ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1985.
9. \_\_\_\_\_. **Passagens da antigüidade ao feudalismo**. 5ª. edição, 1ª. reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 1995.

10. ARAÚJO, José Antonio Estévez. **La Constitución y la desobediencia civil**. Madrid: Editorial Trotta. 1994. (Colección Estructuras y Procesos – serie derechos).
11. ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1997
12. AUDARD, Catherine. Introdução: John Rawls e o conceito do político. In: RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Justiça e Direito). p. XIII-XXXVII.
13. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**. São Paulo: Saraiva, 1995.
14. BARRY, Brian. **La Justicia como imparcialidad**. Traducción de José Pedro Tosaus Abadía. Barcelona/Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 1997. (Paidós Estado y Sociedad, n.º 39).
15. \_\_\_\_\_. **Teorías de la justicia**. Traducción de Cecilia Hidalgo, com la colaboración de Clara Lourido. Barcelona: Editorial Gedisa, 1995. (Colección Hobre y Sociedad).
16. BASTOS JR., Luiz Magno Pinto. **Constituição como processo – categoria central da teoria constitucional de Peter Häberle**. Dissertação de Mestrado (Centro de Pós-Graduação e Direito), 151 f. Florianópolis: UFSC, 2001.
17. BEITZ, Charles R.. Liberalismo internacional e justiça distributiva. In: **Lua Nova – Revista de cultura e política**. São Paulo: CEDEC, 1999, n.º 47. p. 27-58.
18. BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Orgs.) **Manual de Derecho Constitucional**. 2ª edição. Madrid/Barcelona: Marcial Pons Ediciones, 2001.
19. BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. (Coleção Pensamento Político, n.º 39).
20. BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 10ª edição. Brasília: UnB, 1997, 2 volumes.
21. \_\_\_\_\_. **Estado, governo e sociedade**. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987.

22. \_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1994.
23. \_\_\_\_\_. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. 4ª. edição. São Paulo: Brasiliense, 1994.
24. \_\_\_\_\_. **Thomas Hobbes**. 2ª. Reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
25. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
26. \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.
27. \_\_\_\_\_. **Do país constitucional ao país neocolonial – a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe do Estado institucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.
28. BONELLA, Alcino Eduardo. Concepção de justiça política em John Rawls. In: FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução). **Justiça como equidade – fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)**. Anais do Simpósio Internacional sobre Justiça. Florianópolis: Insular, 1998. p. 267-275.
29. BORGES, Maria de Lourdes Alves. Hegel e John Rawls: uma interlocução polêmica?. In: FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução). **Justiça como equidade – fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)**. Anais do Simpósio Internacional sobre Justiça. Florianópolis: Insular, 1998. p. 257-266.
30. BRUM TORRES, João Carlos. **Figuras do Estado Moderno: elementos para um estudo histórico-conceitual das formas fundamentais de representação no ocidente**. São Paulo: Brasiliense/CNPq, 1989.
31. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
32. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994.

33. \_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 6ª edição revista (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
34. CARRACEDO, José Rubio. **Paradigmas de la Política: del Estado justo al Estado legítimo**. Barcelona: Anthropodos. 1990.
35. CASSIRER, Ernst. **Kant, vida y doctrina**. Tradução de Weceslao Roces. 5ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
36. CICERÓN, Marco Tulio. **La Republica y las leyes**. Edición de Juan María Núñez González. Madrid: Ediciones AKAL/Clásica, 1989. (Clásicos latinos, 28).
37. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.
38. COSTA, Sérgio e WERLE, Denilson Luís. Universalismo e contextualismo: Rawls e os comunitaristas. In: FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução). **Justiça como equidade – fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)**. Anais do Simpósio Internacional sobre Justiça. Florianópolis: Insular, 1998. p. 327-334.
39. CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM editora. 1995.
40. DANIELS, Norman (editor). **Reading Rawls – critical studies of A Theory of Justice**. New York: Basic Books, 1973.
41. \_\_\_\_\_. Equal liberty and unequal worth of liberty. In: DANIELS, Norman (editor). **Reading Rawls – critical studies of A Theory of Justice**. New York: Basic Books, 1973. p. 253-281.
42. DAVID, René. **O Direito inglês**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins fontes, 1997. (Coleção Ensino Superior).
43. DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. **Seqüência**. n.º 41, p. 33-66. Florianópolis, dez 2000.

44. DOBROWOLSKI, Silvio. O Poder Judiciário e a Constituição. **Seqüência**. n.º 35. p. 31-41. Florianópolis, dez 1997.
45. \_\_\_\_\_.(Org.). **A Constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
46. DUROSELLE, Jean Baptiste. **A Europa de 1815 aos nossos dias – vida política e relações internacionais**. Tradução de Olívia Krähenbuhl. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1985.
47. DWORKIN, Ronal. **Los derechos en serio**. Traducción de Marta Gustavino. 2ª edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1989. (Ariel Derecho).
48. \_\_\_\_\_. The Original position. In: DANIELS, Norman (editor). **Reading Rawls – critical studies of A Theory of Justice**. New York: Basic Books, 1973. p. 16-52.
49. ELÓSEGUI, María. La Inclusión del Outro – Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales. In: **Revista de estudios políticos**. Madrid: Nueva Epoca, Octubre-Diciembre 1997, n.º 98. p. 59-84.
50. ELSTER, Jon. Regla de mayoría y derechos individuales. In: **La Política – Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad**. Número 4: Política y derecho - ¿Se oponem la democracia y el constitucionalismo?. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 1996. p.23-58.
51. FARRELL, Martín D.. ¿Hay Derechos comunitários? In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**. N.º 17-18. Madrid: Universidad de Alicante, 1995. p. 69-94.
52. FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução). **Justiça como eqüidade – fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)**. Anais do Simpósio Internacional sobre Justiça. Florianópolis: Insular, 1998.
53. \_\_\_\_\_. **A concepção política e não filosófica de justiça – apontamentos para a crítica de Rawls a partir de Rorty**. Florianópolis: UFSC/CFH/FIL, mimeo, Colóquio em 02 de abril de 1997. 18p.
54. \_\_\_\_\_. A Concepção pública de justiça em John Rawls. Interpretação: **Revista Seqüência**. n.º 33, p. 129- 136, 1996.

55. \_\_\_\_\_. A Relação crítica de Rawls com a filosofia política – a fundamentação histórica e não-metafísica de uma teoria da justiça. In: **Filósofos**, vol. 4, jun. 1999, 105-123.
56. \_\_\_\_\_. **A teoria da justiça em John Rawls – estudos preliminares 1: origens históricas**. Florianópolis: UFSC/CFH/FIL, mimeo, Colóquio em 26 de março de 1997. 14p.
57. GARCIA, Jesus I. Martinez. **La Teoría de la justicia de John Rawls**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. (El Derecho y la Justicia, n.º 4).
58. GARCÍA, Pedro De Vega. **Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis Del Principio Democrático en el Constitucionalismo Actual**. In: **Revista de Estudios Políticos**. Madrid: Nueva Época, abril-junho de 1998, n.º. 100.
59. GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 1987.
60. GOYTARD-FABRE, Simone. **Os Princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins fontes, 1999. (Coleção Ensino Superior).
61. GRAY, John. **Liberalismo**. Traductora María Teresa de Mucha. Madrid: Alianza Editorial, 1994 (1986). (Sección: humanidades).
62. GRIMM, Dieter. ¿Necesita Europa una Constitución?. Traducción de Antoni Torregrossa. In: **Debats**. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, Marzo 1996, n.º55. p. 04-20.
63. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
64. GUILLARME, Bertrand. Rawls et le libéralisme politique. In: **Revue Française de Science Politique**. Volume 46: Pluralisme, Justice, Égalité – de lémpirique au philosophique dans l'étude de la démocratie, n.º 2, abr. 1996. p. 321-343.

65. GUTMANN, Amy. Introducción, In: TAYLOR, Charles. **El Multiculturalismo y “La política del reconocimiento”**. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993(a).
66. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
67. HABERMAS, Jürgen e RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica/ Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1998. (Pensamiento Contemporáneo, n.º 45).
68. \_\_\_\_\_. **Direito e moral**. Tradução Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. (Pensamento e Filosofia).
69. \_\_\_\_\_. **La Inclusión del otro – estudios de teoría política**. Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1999. (Paidós Básica, n.º 98).
70. \_\_\_\_\_. Observaciones a “¿Necesita Europa una Constitución?”. Traducción de Antoni Torregrossa. In: **Debats**. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, Marzo 1996, n.º55. p. 21-24.
71. \_\_\_\_\_.; DWORKIN, Ronald; GÜNTER, Klaus. ¿Impera el derecho sobre la política?. In: **La Política – Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad**. Número 4: Política y derecho - ¿Se oponem la democracia y el constitucionalismo?. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 1996. p. 05-22.
72. HART, H. L. A.. Rawls on liberty and its priority. In: DANIELS, Norman (editor). **Reading Rawls – critical studies of A Theory of Justice**. New York: Basic Books, 1973. p. 230-252.
73. HELLER, Hermann. **La soberanía – contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional**. Traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva. México: La fundación, Escuela Nacional de

- Jurisprudencia, A. C./ Fondo de Cultura Económica, 1995. (Política y Derecho).
74. \_\_\_\_\_. **Teoría del Estado**. Traducción de Luis Tobio. Edición y prólogo de Gerhart Niemeyer. 2ª edición en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1998 (1934). (Sección de obras de Política y Derecho).
  75. \_\_\_\_\_. **Teoría do Estado**. Tradução de Lycurgo da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
  76. HERRERA, Carlos Miguel. Kelsen y el socialismo reformista. In: **Revista de estudios políticos**. Madrid: Nueva Epoca, Abril-Junio 1987, n.º 96. p. 77-115.
  77. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
  78. \_\_\_\_\_. **Escritos de derecho constitucional** (selección). Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. (Colección Estudios constitucionales).
  79. JARDIN, André. **Historia del liberalismo político** – de la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875. Traducción de Francisco González Aramburo. 2ª edición en español. México: Fondo de Cultura Económica, 1998 (1985). (Sección de obras de Política y Derecho).
  80. JELLINEK, Georg. **Reforma y mutacion de la constitución**. Traducción de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (Clasicos Politicos).
  81. KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995. (Textos Filosóficos).
  82. \_\_\_\_\_. Idéia de uma história universal com um propósito cosmopolita. In: **À Paz Perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995. (Textos Filosóficos). p. 21-37.
  83. \_\_\_\_\_. **Princípios metafísicos del derecho**. Tradução de Francisco Ayala. Buenos Aires: Americalee, 1943.
  84. \_\_\_\_\_. Resposta à pergunta: que é o iluminismo? In: **À Paz Perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995. (Textos Filosóficos). p. 11-19.

85. KATEB, George. La Individualidad democrática y el significado de los derechos. In: ROSENBLUM, Nancy (dir.). **El Liberalismo y la vida moral**. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1993. (Colección Cultura y Sociedad). p. 203-226.
86. KELSEN, Hans. **¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Traducción y notas de Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
87. \_\_\_\_\_. **Escritos sobre la democracia y el socialismo**. Traducción de Juan Ruiz Manero. Madrid: Editorial Debate, 1988. p. 109-155.
88. \_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (1945). (Ensino superior).
89. \_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5ª edição. Coimbra: Armênio Amado – editor, sucessor, 1979 (1960). (Coleção Studium – temas filosóficos, jurídicos e sociais).
90. KEGEL, Patrícia. Uma análise do conceito de sanção no sistema jurídico de Hans Kelsen. In: Leonel Severo Rocha (org) **Paradoxos da autor-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM editora. 1997. p. 35-65.
91. KRISCHKE, Paulo J.. A Cultura política pública em John Rawls: contribuições e desafios à democratização. In: FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução). **Justiça como equidade – fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)**: Anais do Simpósio Internacional sobre Justiça. Florianópolis: Insular, 1998. p. 313-326.
92. KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. **Rawls, “Uma Teoria da Justiça” e seus críticos**. Tradução Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva Publicações, 1990. (Trajectos).
93. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Júlio Fischer. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (1965). (Clássicos).
94. LOPARIC, Zeljko. Sobre a interpretação de Rawls do fato da razão. In: FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução). **Justiça como equidade – fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)**. Anais

- do Simpósio Internacional sobre Justiça. Florianópolis: Insular, 1998. p. 73-86.
95. LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª edición, 3ª reimpressão. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.
  96. LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 4ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.
  97. LYONS, David. **Aspectos morales de la teoría jurídica** – ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política. Traducción Stella Alvarez. Barcelona: Editorial Gedisa, 1998. (Colección Hombre y Sociedad).
  98. MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e justiça social**. São Paulo: IBRASA, 1995. (Biblioteca Sociologia e Política, v. 44).
  99. MACPHERSON, Crawford Brough. **La Democracia liberal y su época**. Traducción de Fernando Santos Fontela. 2ª edición. Buenos Aires/ Madrid: Alianza Editorial, 1994 (1977).
  100. McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Traducción del inglés de Juan J. S. Echavarría. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1991.
  101. MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo antigo e moderno**. Tradução Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
  102. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – estrutura constitucional do Estado. 3ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994. Tomo III.
  103. MORAIS, José Luís de. Constituição ou barbarie: perspectivas constitucionais. In: SARLET, Ingo W. (org) **A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 11-24.
  104. MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência** – elementos de teoria constitucional, I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

105. \_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Traduzido por Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.
106. NADALES, Antonio J. Porras. Derecho constitucional y evolucionismo jurídico. In: **Revista de estudios políticos**. Madrid: Nueva Epoca. Enero-Marzo 1995, n.º 87. p. 107-139.
107. NAGEL, Thomas. Rawls on Justice. In: DANIELS, Norman (editor). **Reading Rawls – critical studies of A Theory of Justice**. New York: Basic Books, 1973. p. 01-15.
108. NEDEL, José. **A Teoria ético-política de John Rawls – uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (Coleção Filosofia, n.º 108).
109. NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. Tradução Rui Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
110. O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal. In: **La Política – Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad**. Número 4: Política y derecho – ¿Se oponem la democracia y el constitucionalismo?. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 1996. p. 161-188.
111. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. O Debate acerca da fundamentação de Uma Teoria da Justiça: Rawls e Habermas. In: FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução). **Justiça como equidade – fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)**. Anais do Simpósio Internacional sobre Justiça. Florianópolis: Insular, 1998. p. 87-102.
112. OLIVEIRA, Neiva Afonso. **Rousseau e Rawls – contrato em duas vidas**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (Coleção Filosofia, n.º 109).
113. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Direito e relações internacionais no cenário pós 1989. In: FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução). **Justiça como equidade – fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas)**. Anais do Simpósio Internacional sobre Justiça. Florianópolis: Insular, 1998. p. 383-413.
114. RAMOS, Cesar Augusto. A Crítica comunitarista de Walzer à Teoria da Justiça de John Rawls. In: FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução).

- Justiça como equidade** – fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas). Anais do Simpósio Internacional sobre Justiça. Florianópolis: Insular, 1998. p. 231-243.
115. RAWLS, John. **Collected papers**. Edited by Samuel Freeman. Cambridge/London: Harvard University Press, 1999.
116. \_\_\_\_\_. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. In: **Lua Nova – Revista de cultura e política**. São Paulo: CEDEC, 1992, n.º 25, p. 25-60.
117. \_\_\_\_\_. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Justiça e Direito).
118. \_\_\_\_\_. **Justicia como equidad** – materiales para una teoria de la justicia. Traducción Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Editorial Tecnos, 1986. (Biblioteca Universitaria).
119. \_\_\_\_\_. **Liberalismo político**. Traducción de Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
120. \_\_\_\_\_. **O Direito dos povos** (seguido de “A Idéia de razão pública revista”). Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Justiça e direito).
121. \_\_\_\_\_. **O Liberalismo Político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000.
122. \_\_\_\_\_. Outline of a decision procedure for ethics. In: RAWLS, John. **Collected papers**. Edited by Samuel Freeman. Cambridge/London: Harvard University Press, 1999. p. 1-19.
123. \_\_\_\_\_. **Political liberalism** (with a new introduction and the “Reply to Habermas”). New York: Columbia University Press, 1996. (John Dewey essays in philosophy: n.º 4).
124. \_\_\_\_\_. **Sobre las libertades**. Traducción de Jorge Vigil Rubio. Barcelona, Buenos Aires, México: Ediciones Paidós Ibérica e Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990. (Pensamiento Contemporáneo).

125. \_\_\_\_\_. Two Concepts of rules. In: RAWLS, John. In: **Collected papers**. Edited by Samuel Freeman. Cambridge/London: Harvard University Press, 1999. p. 20-46.
126. \_\_\_\_\_. **Uma Teoria da justiça**. Tradução Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Coleção Ensino Superior).
127. ROCKEFELLER, Steven C. Comentario. In: TAYLOR, Charles. **El Multiculturalismo y “La política del reconocimiento”**. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 123-138.
128. RODAS, Francisco Cortés. La filosofía política del liberalismo – Hobbes, Locke y Rawls. In: **Estudios Políticos**. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Enero-Junio 1997, n.º 10. p. 59-87.
129. RODILLA, Miguel Angel. Presentacion. In: RAWLS, John. **Justicia como equidad** – materiales para una teoria de la justicia. Traducción Miguel Ángel Rodilla. Madrid: Editorial Tecnos, 1986. (Biblioteca Universitaria). p. IX-L.
130. ROSENBLUM, Nancy (dir.). **El Liberalismo y la vida moral**. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1993. (Colección Cultura y Sociedad).
131. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato social** – princípios do direito político. Tradução Antônio de Pádua Danesi. 3ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Martins fontes, 1999.
132. SABINE, George H. **Historia de la teoría política**. Traducción de Vicente Herrero. Revisada por Thomas Landon Thorson. 3ª edición en español, corregida y aumentada, primera reimpression. México: Fondo de Cultura Económica, 1996 (1937). (Sección de obras de Política y Derecho).
133. SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2ª edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
134. SANDEL, Michael. **El Liberalismo y los límites de la justicia**. Traducción de María Luz Melon. Barcelona: Gedisa, 2000. (Série Cla-de-ma Filosofia del Derecho).

135. SANTILLÁN, José F. Fernandez. **Hobbes y Rousseau** – entre la autocracia e la democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
136. SANTOS, Rogerio Dultra dos. **Discurso de legitimação racional do poder moralizador e repressivo**: uma análise do Estado moderno na filosofia política de Thomas Hobbes. Dissertação de Mestrado (Centro de Pós-Graduação e Direito), 167 f. Florianópolis: UFSC, 2000.
137. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
138. SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Traducción de Manuel Sanches Sarto. 2ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
139. \_\_\_\_\_. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992. (Coleção Clássicos do pensamento político, n.º 33).
140. \_\_\_\_\_. **Teoria de la constitucion**. Introducción de Francisco Ayala. Reimpresion. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d. (Serie C. – Grandes Tratados Generales de Derecho Privado e Publico, vol. III).
141. SCHWARTZ, Bernard. **O federalismo americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
142. SEN, Amartya. Comportamento econômico e sentimentos morais. In: **Lua Nova – Revista de cultura e política**. São Paulo: CEDEC, 1992, n.º 25, p. 103-130.
143. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa** – O que é o Terceiro Estado. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.
144. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.
145. \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª edição revista. São Paulo: Malheiros, 1997.
146. SILVEIRA, Pablo da. La Teoría rawlsiana de la estabilidad: overlapping consensus, razón pública y discontinuidad. In: FELIPE, Sônia T. (Organização, introdução). **Justiça como equidade** – fundamentação e

- interloquções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas). Anais do Simpósio Internacional sobre Justiça. Florianópolis: Insular, 1998. p. 345-364.
147. \_\_\_\_\_. Neutralidad del Estado y respeto del pluralismo – una defensa del perfeccionismo modesto. In: **La Política – Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad**. Número 4: Política y derecho – ¿Se oponem la democracia y el constitucionalismo?. Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica, 1996. p. 117-136.
148. SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
149. TAYLOR, Charles. **El Multiculturalismo y “La política dei reconocimiento”**. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993(a).
150. \_\_\_\_\_. Propósitos cruzados: El debate liberal-comunitario. In: ROSENBLUM, Nancy (dir.). **El Liberalismo y la vida moral**. Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1993(b). (Colección Cultura y Sociedad). p. 177-202.
151. TRIEPEL, Heinrich. **Derecho público y política**. Prólogo, traducción y apéndices de José Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1986.
152. VALLESPIN, Fernando. Introducción. Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas. In: HABERMAS, Jürgen e RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Traducción de Gerard Vilar Roca. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica/ Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1998. (Pensamiento Contemporáneo, n.º 45). p. 9-40.
153. VANOSSI, Jorge Reinaldo A. **Teoría constitucional I – teoría constituyente**. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1975.
154. VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). **Derecho y moral – ensayos sobre un debate contemporáneo**. Barcelona: Gedisa, 1998. (Série Cla-de-ma Derecho/Filosofía del Derecho).
155. VERDÚ, Pablo Lucas. Carl Schmitt, interprete singular y maximo debelador de la cultura politico-constitucional demoliberal. In: **Revista de**

- estudios políticos.** Madrid: Nueva Epoca, Abril-Junio 1989, n.º 64. p. 25-92.
156. \_\_\_\_\_. **Curso de derecho político.** 2ª edición revisada y aumentada. Madrid: Editorial Tecnos, 1989. (Volumen I).
157. \_\_\_\_\_. **Curso de derecho político.** Madrid: Editorial Tecnos, 1974. (Volumen II).
158. \_\_\_\_\_. **Curso de derecho político.** Madrid: Editorial Tecnos, 1976. (Volumen III).
159. \_\_\_\_\_. El Orden normativista puro (supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen). In: **Revista de estudios políticos.** Madrid: Nueva Epoca, Abril-Junio 1990, n.º 68. p. 07- 93.
160. \_\_\_\_\_. **El sentimiento constitucional.** Madrid: Reus, 1985.
161. \_\_\_\_\_. **La Constitución Abierta y sus enemigos.** Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1993.
162. \_\_\_\_\_. **La Constitución en la encrusijada: palingenesia jus politici.** Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994. (Discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas de España).
163. \_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución como ciencia cultural.** Madrid: Editorial Dykinson, 1997.
164. VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça – um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.** São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
165. VITA, Álvaro De. **A Justiça igualitária e seus críticos.** São Paulo: Editora UNESP, 2000. (Biblioteca Clássica).
166. \_\_\_\_\_. A Tarefa prática da filosofia política em John Rawls. In: **Lua Nova – Revista de cultura e política.** São Paulo: CEDEC, 1992, n.º 25, p. 5-24.
167. \_\_\_\_\_. Direito e moralidade: política liberal. In: **Justiça: promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero americanos.** Organização Associação dos Magistrados Brasileiros, AMB. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 295-323.

168. \_\_\_\_\_. **Justiça liberal** – argumentos liberais contra o neoliberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
169. \_\_\_\_\_. Pluralismo moral e acordo razoável. In: **Lua Nova – Revista de cultura e política**. São Paulo: CEDEC, 1997, n.º 39, p. 125-148.
170. WALZER, Michael. Comentario. In: TAYLOR, Charles. **El Multiculturalismo y “La política del reconocimiento”**. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 139-146.
171. \_\_\_\_\_. **Las Esferas de la justicia** – una defensa del pluralismo y la igualdad. Traducción de Heriberto Rubio. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
172. WOLF, Suzan. Comentario. In: TAYLOR, Charles. **El Multiculturalismo y “La política del reconocimiento”**. Traducción de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 108-122.
173. WARAT, Luiz Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1995.