

A LEI COMO PARÂMETRO DE OBJETIVIDADE: UM ENSAIO SOBRE A COMPLEMENTARIDADE ENTRE AS TEORIAS DE KELSEN, RAWLS E HABERMAS

Roger Moko Yabiku¹

RESUMO

Este texto pretende, de maneira introdutória, demonstrar a possibilidade de conciliação das teorias de Hans Kelsen, John Rawls e Jürgen Habermas. Concluímos, preliminarmente, que a Lei é um referencial de objetividade que deve ir além do esquema puramente formal proposto por Kelsen. Assim, para uma Lei ser constitucionalmente válida deve obedecer aos princípios da justiça de Rawls, de modo a não ser demasiadamente dissociada da realidade material, e ser elaborada segundo a teoria da ação comunicativa de Habermas, no intuito de democratizar a produção legislativa e a sua utilização, minando o oligopólio dos "especialistas".

Palavras-chave: Kelsen, Rawls, Habermas, Lei, teoria da justiça, teoria da ação comunicativa, justiça social.

ABSTRACT

This text intends, in an introductory way, to demonstrate the possibility of conciliation of the theories of Hans Kelsen, John

⁽¹⁾ Mestre em Filosofia (Ética) pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). e-mail: ryabiku@terra.com.br

rawls and Jürgen Habermas. We conclude, preliminarily, that the Law is a reference of objectivity that must go beyond the purely formal project considered by Kelsen. thus, we propose that Law to be constitutionally valid must obey the principles of the justice of Rawls, providing its connection with material reality, and it must be elaborated according to Habermas' theory of the communicative action, in intention to democratize the legislative production and its use, mining the oligopoly of the "specialists".

Key-words: *Kelsen, Rawls, Habermas, Law, theory of justice, theory of communicative action, social justice.*

Introdução

A Lei é um mandamento geral e abstrato imposto coercitivamente à observância de todos, segundo uma definição jurídica. É a fonte primária do Direito Positivo da família romano-germânica. Para Hans Kelsen, o Direito Positivo é dotado de um referencial de objetividade que sustenta e justifica a ordem jurídica, um limite às especulações típicas da filosofia, servindo como barreira para separar o Direito da Moral. Mais precisamente, esse parâmetro, ou referencial, de objetividade, em nossa interpretação, é a Lei, em seu sentido amplo. Em Kelsen, o Direito é uma técnica de controle social, em que a justiça é agir segundo a legalidade, num esquema daquilo que é tido como válido ou inválido pela ordem jurídica. O justo é o que diz a Lei, que é puro "dever ser".² De acordo com John Rawls, isso não basta.

A Lei e a ordem jurídica devem ser justas, no sentido de que as duas não se podem valer, nem se orientar, somente segundo um sistema de avaliação binário de válido ou inválido. Se em Kelsen, as Leis e o Direito podem, em certo ponto, ser injustos, em Rawls, isso não é admitido. Embora, ambos autores sustentem o positivismo jurídico para, cada qual à sua maneira, defenderem que as Leis e o Direito não se devem apegar a fundamentos metafísicos (religiosos, ideológicos, entre outros), Rawls inova a perspectiva de Kelsen de Lei como referencial de objetividade. Rawls diz que o justo, segundo o Direito, não é apenas

⁽²⁾ Detalharemos mais adiante as diferenças entre o "ser" e o "dever ser", do ponto de vista ético e jurídico. Para tal, nos apoiaremos na doutrina dos jusfilósofos Miguel Reale e Hans Kelsen.

um referencial formal de objetividade (“dever ser”), o justo também é aquilo que é um referencial material de objetividade (“ser”) na implementação de uma sociedade justa. Além de ser uma discussão sobre o que é válido ou inválido segundo as Leis e a ordem jurídica, trata primordialmente dos princípios da justiça que fazem com que as Leis e a ordem jurídica também sejam justas de fato.

A contribuição de Habermas é sobre como atingir esse referencial de objetividade: a partir de deliberações coletivas, numa situação ideal de fala numa comunidade ideal de falantes, segundo sua teoria da ação comunicativa. A Lei e a ordem jurídica são referenciais de objetividade formal e de implementação de justiça social e, em Habermas, são também frutos da democratização, havendo necessidade de uma nova fonte de legitimação que concilie individual e sociedade. Na ética discursiva de Habermas, cada um dos participantes deve ser capaz de perfazer uma “assunção ideal de papéis”, ou seja, “colocar-se no lugar do outro”, para que haja maior interatividade. Há de se falar, portanto, em certa complementaridade entre as teorias de Kelsen, Rawls e Habermas, respectivamente, em termos de Lei e de ordem jurídica, como referencial de objetividade formal (o mundo do “dever ser”), como instrumento de efetivação material de justiça social (o mundo do “ser”) e de fruto de uma fonte de legitimação conciliadora entre o individual e a sociedade (por meio da “razão comunicativa”).

I - O ‘ser’ e o ‘dever ser’

Numa interpretação livre de Miguel Reale, podemos dizer que as “normas éticas lato sensu” podem ser “normas éticas³ stricto sensu” ou “normas jurídicas”. Para o autor: “as normas éticas não envolvem apenas um juízo de valor sobre os comportamentos humanos, mas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa comunidade”.⁴

A norma enuncia algo que “deve ser”, tem um juízo de valor, quer dizer, atribui-se uma qualidade a um ser. “A ligação entre o sujeito e

⁽³⁾ Para fins deste texto, utilizaremos, na maior parte das vezes, ética e moral como sinônimos.

⁽⁴⁾ REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito, p. 33.

o predicado pode ser de duas espécies ou simplesmente indicativa ou, ao contrário, imperativa.”⁵ A norma ética e a norma jurídica são caracterizadas pela possibilidade da sua violação. O sujeito tem liberdade para obedecer, ou não, seus ditames. Para assegurar seu cumprimento, há uma sanção. Como já dito, a norma versa sobre algo que deve ser, não algo que inevitavelmente tem que ser. Mesmo que a norma seja violada, ela continua válida e atribui responsabilidade ao transgressor.

“A imperatividade de uma norma ética, ou o seu dever ser, não exclui, por conseguinte, mas antes pressupõe a liberdade daqueles a que ela se destina. É essa correlação essencial entre o dever e a liberdade que caracteriza o mundo ético, que é o mundo do dever ser, distinto do mundo do ser, onde não há deveres a cumprir, mas previsões que têm de ser confirmadas para continuarem sendo válidas.” (Reale, 1999, p. 36)

Feita a introdução do assunto sob a doutrina de Miguel Reale, cabe-nos agora tecer comentários segundo os ensinamentos de Hans Kelsen. De acordo com Kelsen, se analisarmos do ponto de vista descritivo, tanto a regra de Direito quanto as leis da natureza (pertinentes às ciências naturais) são julgamentos hipotéticos que vinculam “uma conseqüência específica a uma condição específica”.⁶ Contudo, existem diferenças nos objetos e nas descrições de ambas. Na ciência natural, a relação causa e efeito é nítida, como se exemplifica na Lei da Gravidade, numa realidade de primeira ordem, verificável empiricamente. Já no Direito, a descrição ocorre no sentido de a regra prescrever comportamentos abstratos. “A ciência natural descreve seu objeto – a natureza – em proposições de *ser*; a jurisprudência descreve seu objeto – o Direito – em proposições de *dever ser*.”⁷

Enquadrado no mundo do “dever ser”, portanto, o Direito refere-se a uma realidade de segunda ordem, que, geralmente, não pode ser verificada no plano experimental como nas ciências naturais. Como conferir exatidão e credibilidade na solução e no diagnóstico de problemas dessa realidade de segunda ordem? Na doutrina de Kelsen, a justiça (relacionada à moral) seria pouco prática e pouco objetiva com

⁽⁵⁾ Idem, *ibidem*, p. 34.

⁽⁶⁾ KELSEN, Hans. O que é Justiça?, p. 264.

⁽⁷⁾ Idem, *ibidem*.

relação a esses assuntos, visto que questões concernentes a justiça, para o mesmo, variam de pessoa para pessoa: "Seus juízos sobre o valor da liberdade e o da segurança, e, portanto, sua idéia de justiça, baseiam-se, por fim, em nada mais que seus sentimentos. Nenhuma verificação objetiva de seus respectivos juízos de valor é possível. E como os homens diferem muito quanto a seus sentimentos, suas idéias de justiça são muito diferentes."⁸

Aqui, cabe-nos fazer um adendo para expor a justificativa de Kelsen para sua Teoria Pura do Direito, "uma análise estrutural do Direito Positivo", que "trata o Direito como um sistema de normas válidas criadas por atos de seres humanos".⁹ É uma tentativa de conferir objetividade a esses juízos de valor, de modo que tais questões possam ser respondidas de maneira científica. Não se trata de excluir por completo a justiça. Para Kelsen, "a idéia de justiça tem alguma função, é a de ser um modelo para a feitura do bom Direito e um critério para distinguir bom e mau Direito"¹⁰. Delineamos, portanto, parte da nossa empreitada, em que, segundo Kelsen, o Direito Positivo – representado na Lei, sua fonte primária – é um referencial de objetividade para dirimir as subjetividades e, eventuais arbitrariedades, em questões relativas a comportamentos. Cícero Romão Resende de Araújo define essa propriedade como uma das características do "império da Lei", num texto em que associa a teoria de Kelsen com a de Max Weber:

"(...) as características do império da Lei (...) são claramente realçadas na 'ciência pura do Direito' de Hans Kelsen e naquilo que Max Weber chama de 'dominação racional-legal'. Para ambos, o império da Lei não é apenas um ideal, mas um ideal cuja realização tornou-se possível historicamente, pelo menos nas sociedades ocidentais modernas. E tornou-se possível porque só nessas sociedades o Direito conseguiu desvincilhar-se quase que inteiramente da moral. Não há império da Lei enquanto a moralidade tutela o Direito. O diagnóstico que os levam a pensar assim é o seguinte: a moral implica em julgamentos de valor, e julgamentos de valor são subjetivos. Subjetivo em dois sentidos complementares. Primeiro, o juízo é subjetivo, evidentemente, porque

⁽⁸⁾ Idem, ibidem, p. 293.

⁽⁹⁾ Idem, ibidem, p. 291.

⁽¹⁰⁾ Idem, ibidem, p. 292.

realizado por um sujeito ou pessoa moral. Segundo, é subjetivo enquanto oposto a um juízo objetivo ou imparcial. Weber e Kelsen pensam o sujeito moral é incapaz de fazer julgamentos objetivos ou imparciais." (Araújo, 1999, p. 1)

John Rawls esposa, por sua vez, pensamento semelhante, pois situa sua Teoria da Justiça como Eqüidade no campo do político, não metafísico. Os dois compartilham, de certa forma, uma visão de praticidade para suas teorias, já que sob o prisma da moral a aplicabilidade seria algo demasiado demorado, ou mesmo conflitante devido às divergências características da individualidade humana e da diversidade ideológica da contemporaneidade. Portanto, a Lei vem a ser, além de fonte primária do Direito Positivo, um parâmetro de objetividade, um referencial para as decisões, de modo a tentar evitar subjetivismos que resultem, por exemplo, em imposição indevida de violações de Direitos, abuso de poder e parcialidade nos julgamentos.

II - Kelsen e Rawls: político, não metafísico

John Rawls elaborou uma teoria da justiça e não propriamente uma teoria do Direito. Porém, entendemos que sua teoria é eminentemente jurídica, pois, tal como a de Hans Kelsen, é ancorada também no Direito Positivo. No entanto, a teoria de Rawls tem um diferencial: vislumbra, além do "dever ser", a realidade material, o mundo ontológico. Aliás, em Rawls, todo "dever ser" tem o intento de transformar a realidade material tal como ela está, para a promoção de uma sociedade justa de fato e de Direito, buscando a implementação de liberdades iguais, igualdade eqüitativa de oportunidades e melhoria das condições daqueles que estiverem em pior situação econômica na sociedade, via tributação diferenciada e maior daqueles que conseguirem se sobressair, em prol dos primeiros.

Verificamos que tanto Rawls quanto Kelsen conferem ao Direito um referencial de objetividade, que, para eles, não seria possível obter a partir da moral. Por isso, Rawls diz que sua Teoria da Justiça como Eqüidade situa-se no campo do político, não do metafísico¹¹. Não

(11) No texto "Justice as Fairness: Political, not Metafísical", de 1985, Rawls delineia melhor a Teoria da Justiça como Eqüidade como estando situada no campo do político, e não do metafísico, aprimorando os conceitos outrora expostos em "Uma Teoria da Justiça", de 1971.

pretende desvendar ou fundamentar princípios e normas com fins-últimos, muitas vezes discordantes e contraditórios entre as pessoas - o que é comum numa sociedade marcada pela pluralidade ideológica, religiosa e cultural -, mas apenas positivá-los por meio do Direito, como fruto de um consenso.

Apesar de as colocações de Rawls e Kelsen serem semelhantes no sentido de positivação do Direito para dirimir julgamentos subjetivos de valor, entendemos que este acentuou melhor o caráter de referencial de objetividade da Lei. Kelsen diz que “a mudança do significado do conceito de justiça caminha lado a lado com a tendência de retirar o problema da justiça da insegura esfera dos julgamentos subjetivos de valor e de estabelecê-lo no terreno seguro de uma ordem jurídica determinada”¹². Há uma preocupação com a aplicabilidade do Direito, já que, desta forma, o Direito Positivo estabelece que uma regra geral seja aplicada em todos os casos. Assim, seria injusto se ela não fosse aplicada do mesmo modo num caso semelhante. Se houver parâmetros objetivos, não haveria injustiça - do ponto de vista de uma ‘ciência pura do Direito’, se considerarmos a justiça como legalidade:

“Justiça significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça ‘sob o Direito’. A afirmação de que o comportamento de um indivíduo é ‘justo’ ou ‘injusto’, no sentido de ‘legal’ ou ‘ilegal’, significa que sua conduta corresponde ou não a uma norma jurídica, pressuposta como sendo válida pelo sujeito que julga por pertencer essa norma a uma ordem jurídica positiva. (...) Se a declaração de que certa conduta corresponde ou não a uma norma legal for chamada julgamento de valor, isto é, julgamento objetivo de valor, que deve ser claramente distinguido de um julgamento subjetivo pelo qual a vontade ou o sentimento do sujeito que julga é expresso. A declaração de que uma conduta específica é legal ou ilegal independe das vontades ou dos sentimentos do sujeito que julga; ela pode ser verificada de modo objetivo.” (Kelsen, 2000, p. 20-21)

Em Kelsen, o fato em si não é considerado um ato jurídico (lícito ou ilícito) pura e simplesmente pela sua facticidade, como um ser natural, cujas manifestações podem ser descritas por uma relação de

⁽¹²⁾ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, p. 20.

causa e efeito típica da lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza. Esse fato só se pode ser considerado um ato jurídico, se nos remetermos o seu sentido objetivo relacionado com a significação que o mesmo possui devido ao sentido jurídico específico conferido pela Lei. Trata-se de uma interpretação segundo a norma: "A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo que enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, à saber, de uma interpretação normativa objetiva."¹³ Então, a norma jurídica é um esquema de interpretação objetiva que é necessário à ciência, ou a uma consideração científica do Direito. Ou nas palavras do próprio Kelsen: "Apenas com o sentido de legalidade é que a justiça pode fazer parte de uma ciência do Direito."¹⁴

Também no sentido de dirimir subjetivismos, Rawls estreita o campo de investigação e aplicação da sua Teoria da Justiça como Equidade. Seu objeto é tão-somente a estrutura básica da sociedade: "Estrutura básica' é um sistema interconexo de regras e práticas que definem a Constituição política, os procedimentos legais e o sistema de julgamentos, o instituto da propriedade, as Leis e as convenções que regulam o mercado e a produção econômica e trocas (comércio), e a instituição da família (no âmbito da teoria ideal)".¹⁵ Não se trata de um "dever ser" totalmente desvinculado da realidade material, como a teoria de Kelsen. Há de se ressaltar, contudo, que Kelsen faz uma relação entre a validade da norma jurídica e a sua eficácia, que é considerada somente no sentido jurídico tradicional. A norma está de acordo com a ordem jurídica (válida) e surte efeitos no comportamento das pessoas num determinado território (eficácia).

Em Rawls, a questão da Lei como referencial de objetividade possui peculiaridades que escapam ao mero formalismo. Se em Kelsen, a ordem jurídica pode ser adequada a qualquer regime político (seja

(13) KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p. 4.

(14) Idem. Teoria Geral do Direito e do Estado, p. 21.

(15) Samuel FREEMAN, Introduction, in: _____, The Cambridge companion to Rawls, p. 3: "The basic structure is the interconnected system of rules and practices that define the political constitution, legal procedures and the system of trials, the institution of property, the laws and conventions which regulate markets and economic production of exchange, and the institution of the family (...)."

democracia, aristocracia, monarquia, entre outros), a teoria rawlsiana só é concebida e aplicada tendo em vista uma democracia constitucional. A concepção de justiça recebe outra delimitação com relação às demais: é política, já que deixa de lado a justificação por meio de doutrinas abrangentes, metafísicas. Seria totalmente inadequado tentar impor um fim-último diante do atual paradigma de pluralidade das sociedades contemporâneas.

Aí, outra delimitação importante. Frente a tais diferenças ideológicas, filosóficas e religiosas, há de se criar instrumentos de conciliação ou de pontos em comum entre as mesmas, de modo a se criar meios de convivência pacíficos. Afinal, "tal concepção deve permitir a convivência de uma diversidade de doutrinas e a pluralidade de divergentes, e muitas vezes incomensuráveis, concepções de bem de cada um dos membros das sociedades democráticas".¹⁶ Rawls não pretende que sua Teoria da Justiça como Equidade tenha a pretensão à verdade, o que causaria problemas decorrentes principalmente da intolerância entre pessoas dotadas de doutrinas conflitantes entre si. Em vez de verdadeira, Rawls situa sua teoria no âmbito do razoável, resultante de um acordo entre pessoas livres e iguais, figuração característica das teorias contratualistas. "Do contrato social, podemos encontrar papel fundamental para a tolerância, haja vista que a busca da felicidade, otimizada pelas virtudes, na sociedade pós-industrial é um tema complexo. Torna-se praticamente impossível definir um conceito de felicidade geral e amplo que se aplique a todos, tal como era feito na Atenas de Aristóteles."¹⁷ A heterogeneidade acerca de conceitos a respeito do próprio bem comum e da felicidade é muito grande, o que impede a tomada de uma conclusão unificada, a menos que haja supressão de certas liberdades de pensamento e de consciência de grupos minoritários em nome da maioria ou da ideologia hegemônica.

O mecanismo proposto por Rawls para dar sustentação à sua concepção política de justiça é o "consenso por sobreposição": "um consenso que inclui todas as doutrinas filosóficas e religiosas opostas de forma a que continuem a existir, porém, de modo que permitam adesão

⁽¹⁶⁾ RAWLS, John. *Collected Papers*, p. 390. Tradução nossa.

⁽¹⁷⁾ YABIKU, Roger Moko. *A Justiça Além do Discurso Político: Ensaio sobre o Neocontratualismo de John Rawls*, p. 8.

dos seus seguidores a uma sociedade democrática constitucional mais ou menos justa".¹⁸

Adiante, aliás, comentaremos o papel do "consenso por sobreposição" e sua complementaridade com a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, utilizando-nos, também, do esquema de validade e invalidade das normas de Kelsen. Para Rawls, a Lei (como fonte do Direito Positivo) é um referencial de objetividade de uma sociedade democrática constitucional, caracterizada pela diversidade, que se restringe à estrutura básica da sociedade e às suas instituições. Em Kelsen, tem a mesma função, porém, independentemente do regime político e da organização do Estado, sem se preocupar, como Rawls o faz, com questões estruturais da sociedade visando a justiça social. Em outras palavras:

"Se, em Kelsen, a divisão entre justiça e Direito eram extremamente rígidas, podemos ver que Rawls inaugura uma nova concepção de justiça, ainda que ancorada no Direito. Rawls inclui o diálogo, e o confronto democrático de idéias na sua teoria da justiça. Em resumo, Rawls defende que o Direito, apesar de não se dever apegar a fundamentos metafísicos (religiosos, ideológicos, entre outros), não pode ser injusto. Rawls, portanto, quebra o estigma da rigidez da ordem jurídica proposta por Kelsen, porque ao sugerir princípios da justiça como fundamentos de uma sociedade bem ordenada, praticamente impõe a construção de um novo ordenamento jurídico, que seja efetivamente justo e não apenas formal e distante da realidade cotidiana do ser humano." (Yabiku, 2004, p. 157)

II - A norma fundamental na teoria da justiça de Rawls

Kelsen elaborou um esquema normativo em que a norma fundamental é a Constituição. Neste sistema e método de aplicação e interpretação de normas, proposto por Kelsen, o fundamento e conteúdo de validade – trazidos à tona por uma operação lógica – são deduzidos de uma outra norma tida como fundamental numa ordem jurídica. Ele não se preocupa em dotar a norma fundamental necessariamente de

⁽¹⁸⁾ Idem, ibidem.

conteúdo material, versa tão-somente como sendo a norma que possui um poder de ser uma instituição de um fato produtor de normas, que regula a atividade de produção legislativa. A norma fundamental é o referencial de objetividade para a produção das demais Leis, cuja obediência, ou não, lhes determina a validade ou invalidade.

Não é um conteúdo que determina a validade ou invalidade de uma norma jurídica, segundo Kelsen. Antes do conteúdo ser deduzido, a norma só é produzida de acordo com uma fórmula estabelecida anteriormente pela norma fundamental. A norma fundamental é diferenciada das demais, pois possui um poder superior às demais normas. Ela é posta, porém, deriva de um Poder Constituinte que inova originariamente a ordem jurídica. Sobre o Poder Constituinte e a importância da norma fundamental é o que nos importa, para fins deste texto, discorrer. Associemos isso com a Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls.

A norma fundamental proposta por Kelsen dá fundamento e validade às demais normas, que lhes são subordinadas. Esse esquema pode ser aplicado à teoria de Rawls. A Lei de uma ordem jurídica oriunda da Teoria da Justiça como Equidade deve obedecer aos seus dois princípios da justiça, a saber:

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

(b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, elas devem estar vinculadas (attached) a cargos e posições acessíveis para todos, sob condições de igualdade eqüitativa de oportunidades, e, segundo, devem primar pelo máximo benefício daqueles membros da sociedade que são os menos favorecidos (princípio da diferença).”¹⁹

¹⁹ “(a) Each person has the same infeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same liberties for all; and (b) Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be the greatest benefit of the least-advantaged members of society (the difference principle).” (Rawls, 2001, II, § 13, p. 42-43, grifos nossos)

Os dois princípios da justiça de Rawls são a norma fundamental da ordem jurídica de uma sociedade democrática constitucional justa. Há prioridade do primeiro princípio sobre o segundo. O primeiro princípio abrange as liberdades e Direitos Fundamentais. O segundo dispõe sobre a distribuição dos benefícios econômicos e sociais, de modo a corrigir desigualdades aberrantes. No nosso entender, o primeiro princípio da Justiça é uma norma fundamental primária porque ele deve constar necessariamente no texto de uma Constituição. Já o segundo princípio da Justiça (e suas duas partes, obviamente) possui também força constitucional, mas não possui prioridade sobre o primeiro princípio. O segundo princípio, na nossa visão, pode ser regulamentado e implementado por normas infra-constitucionais, não sendo necessário constar explicitamente no texto da Constituição. É subsidiário ao primeiro princípio. Nas palavras de Rawls, são elementos constitucionais:

“(1) os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e do processo político; os poderes do legislativo, do executivo e do judiciário; os limites da regra da maioria; e

(2) liberdades e direitos básicos iguais dos cidadãos que a maioria legislativa deve respeitar, tal como o direito de votar e de participar da política, liberdade de pensamento e de associação, liberdade de consciência, como a preservação do Estado de Direito.”²⁰

Como vemos a teoria de Rawls já fornece o esboço institucional de uma sociedade justa: uma democracia constitucional nos moldes ocidentais, cuja Constituição prevê a organização do Estado em três poderes, limites aos eventuais abusos da maioria e o respeito aos Direitos Políticos dos cidadãos. Mas, na nossa interpretação, não são somente esses os elementos constitucionais na teoria de Rawls. O referencial de produção legislativa, diferentemente de Kelsen, não é meramente formal, na visão de Rawls. Logo no primeiro princípio da

⁽²⁰⁾ “(1) the fundamental principles that specify the general structure of government and the political process; the powers of the legislature, executive and judiciary; the limits of majority rule; and

(2) the equal basic rights and liberties of citizenship that legislative majority must respect, such as the right to vote and to participate in politics, freedom of thought and of association, liberty of conscience, as well as the protections of the rule of law.” (Rawls, 2000, I, § 9, p. 28, grifos nossos)

justiça, a ser consolidado como norma fundamental primária, verificamos a função essencial de se proibir desigualdades econômicas e sociais extremas. Caso seja possível resumir isso numa frase, a mais adequada seria "liberdade igual para todos".

Se considerarmos que a provisão dos "bens primários"²¹ integra o primeiro princípio da justiça, as liberdades e os Direitos Fundamentais não são meramente declarados ou instituídos. Na teoria da Justiça como Equidade, o referencial de objetividade emanado da norma fundamental institui que as demais normas só serão constituídas e válidas se as mesmas salientarem que tais direitos, ou liberdades, sejam publicamente reconhecidos e que haja meios efetivos para concretizá-los. O objetivo é dar condições materiais para o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, se assim o indivíduo quiser. Afinal, como Rawls conceituaria os "bens primários"? Ora, os "bens primários" podem ser classificados em cinco grandes grupos:

(i) As liberdades e direitos básicos: como as liberdades de pensamento e de consciência, e todas as outras demais (§13). Esses direitos e liberdades são condições institucionais essenciais para que haja o desenvolvimento adequado e o pleno e consciente exercício dos dois poderes morais (nos casos fundamentais (§ 13.4)).

(ii) A liberdade de movimento (ir e vir) e a de livre escolha de ocupação dentre um conjunto de diversificadas oportunidades, que, por sua vez, propiciem a busca de uma variedade de objetivos, habilitando, inclusive, decisões de revê-los e reformulá-los.

(iii) Os poderes e prerrogativas de ocupar cargos e posições de autoridade e responsabilidade.

(iv) Renda e riqueza, desde que concebidas como meios polivalentes (com valor de troca), geralmente necessários para se alcançar uma ampla série de objetivos, quaisquer que sejam.

⁽²¹⁾ Os bens primários são aqueles que suprem as necessidades sociais e econômicas básicas, incluindo as principais liberdades e direitos. São muito mais que uma simples "cesta básica" ou uma liberalidade do Estado. Além das liberdades e direitos básicos, inclui os bens previstos e garantidos constitucionalmente para dar ao indivíduo subsistência, independentemente de qual posição ocupa na sociedade, e inclusão social, como um sistema eficiente de educação, de saúde e de assistência social, reforçando sempre as bases sociais da auto-estima.

(v) As bases sociais do auto-respeito, compreendidas como os aspectos das instituições básicas que, normalmente, são essenciais para que os cidadãos tenham um senso vívido do seu valor, como pessoas capazes de seguir em frente com autoconfiança com relação aos seus objetivos.”²²

Verificamos que o primeiro princípio institui e garante a existência e o desenvolvimento efetivo do ser humano como um ser individual e social. Caso não seja suficiente, o segundo princípio da Justiça corrige os excessos. A primeira parte do segundo princípio dispõe que, se não houver igualdade equitativa de oportunidades para acesso a cargos públicos e posições mais importantes, as instituições sociais e econômicas devem oferecer condições materiais para garanti-la. Podemos citar como exemplo as políticas de desigualdades compensatórias, como as cotas universitárias para estudantes de baixa renda familiar e a obrigatoriedade de os partidos políticos indicarem um percentual mínimo de mulheres para concorrerem nas eleições, em todos os níveis.

A segunda parte do segundo princípio, o polêmico princípio da desigualdade, permite que haja ganhos por parte dos mais favorecidos social e economicamente na sociedade, desde que estes contribuam em prol dos que estão em pior situação. Assim, a riqueza por parte de uns só se justificaria – e só seria lícita, juridicamente falando – se, “em contraprestação” da sua fartura, os mais abastados contribuíssem proporcionalmente mais que os demais membros da sociedade democrática constitucional para elevar o nível de bem-estar (provisões

²² “(i) The basic rights and liberties: freedom of thought and liberty of conscience, the rest (§ 13). These rights and liberties are essential institutional conditions required for the adequate development and full and informed exercise of the two moral powers (in the two fundamental cases (§13.4)).

(ii) Freedom of movement and free choice of occupation against a background of diverse opportunities, which opportunities allow the pursuit of a variety of ends and give effect to decisions to revise and alter them.

(iii) Powers and prerogatives of offices and positions of authority and responsibility.

(iv) Income and wealth, understood as all-purpose means (having an exchanged value) generally needed to achieve a wide range of ends whatever they may be.

(v) The social bases of self-respect, understood as those aspects of basic institutions normally essential if citizens are to have a lively sense of their worth as persons and to be able to advance their ends with self-confidence.” (Rawls, 2000, II, § 17, p. 58-59)

para as necessidades sociais e econômicas básicas) das pessoas situadas na base da pirâmide social. Isso seria colocado em prática por meio de uma política que impusesse maior tributação aos mais ricos, aos que mais acumulassem capital e aos que obtivessem melhores rendimentos, ou pela prestação de serviços sociais (fundações culturais e educacionais, por exemplo) por parte desses privilegiados, por exemplo.

O referencial de objetividade (a Lei) que tem validade na norma fundamental (os princípios da Justiça), na teoria rawlsiana, não leva em conta somente o puro “dever ser”. Antes de ser pessoa de Direito, o indivíduo é um ser físico, com uma dimensão social. Previamente a qualquer coisa, há de se verificar as condições que permitam a subsistência do ser humano (alimentação, saúde e assistência social, entre outros itens) e a sua inserção na sociedade (via trabalho e educação). Isso significa resgatar a cidadania em termos materiais, inclusive, conforme explica Luiz Paulo Rouanet: “tendo em vista a grande desigualdade existente na sociedade brasileira, uma teoria da justiça que procure se adequar às condições da nossa sociedade tem de procurar uma maior igualdade de renda, sem descartar outras formas de igualdade. (...) É preciso, primeiro, resgatar a cidadania, dar a todos, como diz David Miller, uma igualdade de status, ou seja de dignidade. Para isso, é preciso, primeiro existir.”²³

Em Kelsen, a ordem jurídica é puro “dever ser”, uma realidade de segunda ordem, que muitas vezes se abstrai e se distancia do plano material. Em Rawls, a ordem jurídica tem como norma fundamental dois princípios de justiça que não ignoram o mundo do “ser”, a realidade de primeira ordem. O mundo do “dever ser” de Rawls visa corrigir as injustiças sócio-econômicas encontradas nessa realidade de primeira ordem. Assim, as desigualdades que não sejam reguladas pela primeira parte do segundo princípio e pelo princípio da diferença não seriam meras contingências do acaso. Tais desigualdades seriam consideradas ilícitos jurídicos pela Constituição e pela legislação de uma sociedade justa, nos moldes rawlsianos.

Em Rawls, a Lei como referencial de objetividade não é exclusivamente formal, do mundo do “dever ser” para o mundo do “dever

²³ Luiz Paulo ROUANET, Justiça como equidade: uma proposta brasileira, in: Social democracia brasileira, maio/junho de 2003, n. 7, ano 2, p. 23.

ser". O Estado Social e Democrático de Direito de John Rawls não somente institui prestações positivas para que haja igualdade sócio-econômica (seja como igualdade eqüitativa de oportunidades ou como melhor distribuição dos bens básicos), mas também pune os responsáveis pela formação de desigualdades sócio-econômicas que não sejam aqueles tipos permitidos pelos princípios da justiça. Os ricos conglomerados econômicos podem existir se, e somente se, permitirem que haja igualdade eqüitativa de oportunidades para ingresso nos cargos e funções mais importantes da corporação e que parte do rendimento excedente, o lucro, reverta em prol daqueles que estão em pior situação econômica e social. Muitas práticas consideradas lícitas e normais numa das sociedades contemporâneas caracterizadas pela livre-concorrência e economia de mercado seriam ilegais na sociedade justa de Rawls. Atualmente, existem Leis como referenciais de responsabilidade fiscal, com relação às receitas e despesas do Estado. Na teoria de Rawls, a Lei como o referencial de objetividade não pararia aí. A norma fundamental (os princípios de justiça) possui diretrizes para a elaboração de Leis de responsabilidade social, ou seja, de distribuição de renda, a ser exigida e dirigida pelo Estado e cobrada dos particulares que se sobressaíram em termos econômicos.

Talvez uma melhor conjugação entre as realidades de primeira ordem e de segunda ordem sejam melhor explicadas se confrontarmos as teorias de Kelsen e de Rawls com a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas. Veremos isso a seguir, no próximo passo da nossa empreitada, a etapa da deliberação para a reconstrução do ordenamento jurídico.

III – A etapa da deliberação em rawls e habermas

Kelsen não se preocupou em fundamentar a etapa da deliberação para a construção de um ordenamento jurídico. Foi extremamente prático. Remeteu-a ao processo legislativo, e quando muito, à assembléia constituinte. Rawls e Habermas pensam, nesta etapa deliberativa, como colocar em prática – cada qual à sua maneira – os princípios de justiça de uma sociedade bem-organizada. Cabe-nos ressaltar que na teoria de Rawls, há duas etapas deliberativas, de acordo

com Luiz Paulo Rouanet. Na primeira, são escolhidos os princípios normativos-estruturais que nortearão o ordenamento jurídico de uma sociedade justa. As pessoas, em situação que as torne livres e iguais, estabelecidas numa instância de deliberação chamada "posição original"²⁴, não conhecem seus cargos e posições sócio-econômicas e seus papéis na sociedade. Elas são encobertas por um "véu da ignorância", um artifício que providencia e garante a imparcialidade na escolha dos princípios da justiça.

Na segunda fase, a de aplicação dos princípios da justiça, por meio de um "consenso por sobreposição", baseado num "equilíbrio reflexivo", da teoria rawlsiana, percebe-se que pode haver complementação da teoria da ação comunicativa de Habermas. Discorramos aos poucos. Na nossa interpretação, é na segunda etapa de deliberação que há a elaboração do ordenamento jurídico, com a reformulação do Direito Positivo segundo parâmetros não somente normativos, mas também estruturais. No esquema da segunda etapa de deliberação, há um esforço de acolher as doutrinas abrangentes, em seus aspectos comuns, passando por cima das suas diferenças mais agudas, para que haja uma deliberação razoável sobre os modos de como tornar a sociedade mais justa. Por isso, Rawls diz que a concepção política de justiça, da sua teoria, está no âmbito do razoável, e não do verdadeiro.

Mais uma vez, atestamos a importância que Rawls dá à objetividade, que, para ele – cremos –, seria a aplicação do princípio da tolerância à filosofia. Em prol do consenso e da convivência pacífica, são deixadas de lado controvérsias sobre qual doutrina particular é

⁽²⁴⁾ "Na justiça como equidade a 'posição original' de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa 'posição original' não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas semelhantes. Eu até presumirei que as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Os princípios da justiça são escolhidos sob um 'véu de ignorância'. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência das circunstâncias sociais." (Rawls, 1997, I, § 3, p. 13)

verdadeira, tais como valores explicitados pelo realismo e pelo subjetivismo. Para viabilizar o “consenso por sobreposição”, é necessário, antes, atingir o “equilíbrio reflexivo”, que pode ser “restrito” ou “amplo”.²⁵ No “equilíbrio reflexivo amplo” podemos encontrar similaridades com a teoria de Habermas, pois o indivíduo está apto a interagir com os demais indivíduos, igualmente esclarecidos, numa “situação ideal de fala”, imersos todos no “mundo da vida”.

Aqui fazemos um adendo para apresentar em poucas palavras a teoria da ação comunicativa de Habermas. Não pretendemos adentrar profundamente em tão complexa teoria, o que exigiria estudos mais específicos e direcionados, mas apenas estabelecer uma conexão entre Habermas e os demais autores mencionados neste texto.

Em sua teoria da ação comunicativa, Habermas afirma que a razão comunicativa (um vetor para organizar solidariamente a sociedade) foi sufocada pela razão instrumental, caracterizada pelas relações meio-fim, típicas nas gestões das corporações capitalistas. O ético, na contemporaneidade, perdeu espaço para as “soluções técnicas”. Assim, o é também nas relações resolvidas pelo Direito Positivo. A razão comunicativa seria uma reação à intromissão excessiva dos modelos das ciências modernas (exatas e biológicas) na vida humana. Essa intrusão demasiada, que globaliza e prioriza a razão instrumental, tem justificativa no discurso “técnico-científico”, além do bem e do mal. É um projeto de domínio da natureza aplicado às relações humanas em proporções planetárias.

Nessa teoria, Habermas contrapõe a ação comunicativa à ação estratégica. Na primeira, os indivíduos devem o entendimento numa situação em que possa ser viabilizado o consenso a respeito de algo. Já na ação estratégica os participantes não têm como meta primordial o respeito e a interação com o grupo, mas a realização dos seus interesses, ou os do seu grupo, com exclusão de todos os demais. Portanto, para

(25) “O equilíbrio reflexivo é restrito quando o agente simplesmente chega a um acordo consigo mesmo (o que nem sempre é fácil) quanto à concepção de justiça política que lhe pareça mais razoável e que mostre mais condições de ser publicamente aceita.

Já o equilíbrio reflexivo amplo (ou pleno, caso se trate de uma sociedade democrática bem-ordenada) é alcançado quando o agente efetuou uma revisão cuidadosa das principais concepções da justiça, bem como examinou a força dos argumentos que a sustentam.” (Rouanet, 2005, p. 5)

Habermas, a importância da linguagem é como um *medium*, que permite relações entre os sujeitos (considerados isolada e coletivamente) e o mundo. Porém, esse processo interpretativo da realidade deve ser concebido sob um prisma de cooperação, o que de certa forma moldará as relações – entre os sujeitos (considerados isolada e coletivamente) e o mundo – de modo reflexivo e intersubjetivo. Habermas também defende a reconstrução do Direito Positivo. O Direito contemporâneo, para Habermas, perdeu sua dimensão ética. O procedimentalismo jurídico atual assemelha-se a uma linha de produção de uma fábrica. As deliberações para as produções legislativas, a aplicação do Direito e as próprias relações pessoais estão cada vez mais formais. O “mundo da vida” sofre cada vez mais interferência da ação instrumental.

Antes falemos sobre o mundo do “ser” e o mundo do “dever ser”, relacionando-os às teorias de Kelsen e de Rawls. Em Kelsen, o mundo do “ser” é praticamente descartado em termos de ordem jurídica. Já Rawls leva em conta o mundo do “ser” para elaborar um mundo do “dever ser” que torne o mundo do “ser” mais justo. Embora não seja tão versátil com relação à praticidade da sua teoria, como Rawls, podemos dizer que, para Habermas, a realidade de segunda ordem não é somente constituída de normas, de puro “dever ser”. Essa realidade de segunda ordem é o “mundo da vida”. O “mundo da vida” é o conjunto de sentidos estruturados gramaticalmente. É a ele que os indivíduos – desde que aptos para a vida social – recorrem para compreender, interpretar e agir sobre o mundo.

Nas relações de cooperação, na qual se exigem processos interpretativos, os sujeitos – socializados, no mínimo – fazem-no de maneira implícita. O “mundo da vida” não surge ao acaso, como um toque de magia, já é previamente constituído e interpretado. Suas fontes principais são as tradições culturais em comum. A conjugação entre a faticidade (realidade de primeira ordem) e a validade (realidade de segunda ordem) pode explicar a eficácia e – em termos, a legitimidade – de uma norma válida. Em situação de partilhamento intersubjetivo, o “mundo da vida” embasa a ação comunicativa, pois forma um sistema referencial que define, *a priori*, o objeto ao qual, porventura, possa recair qualquer possibilidade de reconhecimento. Podemos fazer uma associação do “mundo da vida” com a cultura política pública de Rawls,

na qual repousam idéias intuitivas fundamentais compartilhadas pelas pessoas. Essa intersubjetividade é de extrema importância para a reconstrução do Direito Positivo proposta por Habermas, na conciliação entre o individual e o coletivo, legitimando e conferindo maior participação democrática no processo legislativo e na aplicação das Leis:

“A teoria do discurso conta com a intersubjetividade de processos de entendimento, situada num nível superior, os quais se realizam através de procedimentos democráticos ou na rede comunicacional das esferas públicas políticas. Essas comunicações destituídas de sujeito – que acontecem dentro e fora do complexo parlamentar e de suas corporações – formam arenas nas quais se pode acontecer uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de matérias relevantes para toda a sociedade e necessitadas de regulamentação. O fluxo comunicacional que serpeia entre a formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, garante a transformação do poder produzido comunicativamente, e da influência adquirida através da publicidade, em poder aplicável administrativamente por meio da legislação.”
(Habermas, 1997, II, p. 22)

Arriscamos dizer que a intersubjetividade do agir comunicativo de Habermas na construção de uma práxis solidária seria reforçada se adotasse um esquema de deliberação semelhante ao “consenso por sobreposição” de Rawls. Ou melhor, ambas seriam complementares, já que pelo “consenso por sobreposição” – que necessariamente tem que levar em conta a compreensão lingüística por parte de todos os participantes, o que é fundamental para a integração social – a intersubjetividade almejada teria na interação forte influência do princípio da tolerância, pois consideraria a igual dignidade entre pessoas de ideologias, pensamentos e dogmas divergentes. Tal proposta não é tão distante, tendo em vista que, tanto para Habermas quanto para Rawls, os seres humanos devem ser vistos como livres e iguais, regidos por normas por eles produzidas em situação de deliberação imparcial e eqüitativa, válidas e aplicadas universalmente, no âmbito de um Estado Nacional.

Atingido esse “acordo geral de vontades”, o Direito Positivo viria reforçar aquilo que foi deliberado, tendo a Lei como referencial de

objetividade dessa deliberação, tal como nas teorias de Kelsen e de Rawls. "O Direito Positivo serve *naturalmente* à redução da complexidade social. Nós esclarecemos isso ao tratar dos processos de 'desidealização', graças aos quais as regras do Direito conseguem compensar a indeterminação cognitiva, a insegurança motivacional e a limitada força de coordenação de normas de ação moral e de normas informais de ação em geral."²⁶ O Direito Positivo, em Habermas, também tem dimensão prática. Portanto, não deve ser considerado como puro "dever ser", o que levaria a uma cisão radical demais entre Direito e moral (como propõe Kelsen), distanciando a ordem jurídica da realidade pela elaboração de Leis muitas vezes irrealis, inaplicáveis e injustas. A redução da complexidade social por meio do Direito Positivo, na teoria de Habermas, visa eliminar ou diminuir a indeterminação cognitiva por meio de uma deliberação intersubjetiva sobre a forma e a função das normas em contextos determinados. Este é o ponto em comum que encontramos, neste sentido, entre as teorias de Kelsen, Rawls e Habermas: a Lei como referencial objetivo para evitar subjetivismos e arbitrariedades.

IV – Conciliando Kelsen, Rawls e Habermas

À guisa de conclusões, neste texto esboçamos um breve arcabouço que pretende, de forma introdutória, associar e conciliar teorias muitas vezes tidas como díspares, como as de Kelsen, Rawls e Habermas. Pois bem. Porém, não são de todo inconciliáveis. Existem pontos de intersecção nas teorias desses autores que permitem uma melhor sistematização de uma teoria jurídica, propriamente dizendo, que tenha a Lei como parâmetro, ou referencial, de objetividade, para a reconstrução do ordenamento jurídico. Os três autores cada qual a sua maneira tratam em certas passagens das suas obras, direta ou indiretamente, a respeito do Direito Positivo. Se analisarmos os fragmentos dessas teorias visando o "entendimento" – via "consenso por sobreposição" ou "razão comunicativa" – podemos tecer comentários, de caráter introdutório, para uma interlocução mais ampla sobre o assunto.

Em termos formais, a teoria de Kelsen possui maior versatilidade e maior praticidade para a elaboração do arcabouço jurídico-

⁽²⁶⁾ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia, vol. II. p. 55.

constitucional. A teoria de Rawls garante que a ordem jurídica não seja baseada meramente numa norma fundamental puramente formal, já que se alçarmos seus princípios da justiça como normas fundamentais de um ordenamento jurídico, teremos uma Constituição e uma Legislação coerentes com a realidade social e eficaz com relação à diminuição da desigualdade social e nos acessos equitativos às oportunidades que permitam melhoria de qualidade de vida individual. Pela razão comunicativa de Habermas, haveria certeza da participação popular na elaboração do ordenamento jurídico positivo, de modo que todos tenham, inclusive, avanços gerais com relação aos níveis educacionais e culturais, já que numa situação ideal de fala, em que se mobiliza uma comunidade ideal de falantes, todos devem priorizar o entendimento. E quanto mais complexos os assuntos relativos ao processo legislativo e na aplicação das Leis, mais esclarecido deve ser o povo, de modo a não haver exclusão. A produção e a aplicação das Leis devem ser mais pelo entendimento, que pela coerção da autoridade estatal competente, esta a principal característica do Direito Positivo.

Assim, uma Lei só pode ser considerada válida e referencial de objetividade se estiver de acordo com uma Constituição que contenha as normas fundamentais propostas por Rawls (os dois princípios da justiça). Então, todas as pessoas devem ser titulares de liberdades iguais, incluindo provisões suficientes para a provisão das necessidades básicas. Há de se prover igualdade material, pelo menos em termos de um mínimo social que garanta a subsistência e a inclusão sócio-educacional-cultural para todos, para se poder depois falar em Lei como parâmetro de objetividade. A Constituição e a Legislação são constituídas por termos técnico-jurídicos que muitas vezes não são compatíveis com o nível de entendimento da população.

Casos de furtos de bagatela, cometidos somente porque muitas pessoas não têm o que comer, que culminam em punição podem ser citados como exemplos de desconformidade da ordem jurídica com a realidade social. Um artigo de Lei que tipifica o furto e impõe uma punição tem um sentido para quem tem boa situação social, porém, tem um outro sentido, bem diferente, para quem não possui nada, ou quase nada. Ora, a justiça como legalidade, nesses termos, comete mais injustiças do que justiça propriamente dizendo. É o Direito Positivo como legitimador da ordem social tal como ela se apresenta e perpetuador das desigualdades.

Obviamente, não propomos revoluções armadas, nem que a população famélica saqueie os estabelecimentos e os mais abastados. Chamamos atenção para dizer que não se pode impor a Lei como parâmetro de objetividade puramente formal e teórica, já que as pessoas de classes sociais diferentes não teriam como chegar a um entendimento. A técnica jurídica é complicada para quem não tem formação específica na área. E muito mais complicada para quem não teve formação educacional e cultural mínima. O que dizer então para quem passa fome ou ganha um salário que lhe permite meramente subsistir?

Enquanto não houver a implementação de um mínimo social, não há sequer como se chegar às etapas deliberativas propostas por Rawls e Habermas. Não há possibilidade de aproximação entre pessoas que, além de possuírem doutrinas ideológicas, religiosas, culturais e políticas divergentes, se preocupam mais em existir, um dia após o outro, mesmo que seja de maneira predatória, sem levar em consideração a igual dignidade do outro. Isso porque a igual dignidade do outro estará só no âmbito do mundo do “dever ser”, sem quase efeitos no mundo do “ser”.

Na nossa proposta, será considerada inconstitucional não somente a Lei (em sentido amplo) que não está de acordo com os dispositivos constitucionais – no esquema de válido ou inválido de Kelsen –, mas também aquela Lei que não contribuir para a aplicação dos dois princípios da justiça de Rawls e que não seja elaborada numa “situação ideal de fala” por uma “comunidade ideal de falantes”, como preconiza Habermas. É uma crítica ao Direito Positivo, pela reconstrução do próprio Direito Positivo. A Lei tem que ser um referencial de objetividade para todos, não só para os especialistas ou para os governantes. Caso contrário, a Lei será mais um instrumento de legitimação de arbitrariedades e dos subjetivismos dos grupos das pessoas que se revezam no poder, já que a objetividade se dará dentro deste círculo, com a exclusão de todos os demais.

Bibliografia

ARAÚJO, Cícero. Império da lei e subjetividade. **Novos estudos Cebap**, n. 54, 1999. p. 157-168. URL: <http://www.cienciapolitica-usp.br/index.htm>. p. 1-11. Acesso em 4 de abril de 2001.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. v. 1 e v. 2. 1. ed. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro (RJ): Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. Traduzido por Luiz Carlos Borges. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2000. Traduzido do inglês.

_____. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3. ed. Traduzido por Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 1. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo (SP): Martins Fontes, 2003. Tradução de **Reine Rechtslehre**.

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

_____. **Collected papers**. Cambridge, Massachusetts e Londres, Inglaterra: Harvard University Press, 1999.

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

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

ROUANET, Luiz Paulo. Justiça como equidade: uma proposta brasileira. **Social Democracia Brasileira**, nº 7, ano 2, maio-junho 2003, p. 17-23.

_____. A complementaridade entre Rawls e Habermas na etapa da deliberação. **Grupo de Pesquisa Ética e Justiça**. Campinas (SP): PUC-Campinas, 2005. p. 1-10. URL: <http://geocities.yahoo.com.br/eticaejustica/rawlsehabermas.pdf>. Acesso em 15 de julho de 2005.

YABIKU, Roger Moko. **A justiça além do discurso jurídico: ensaio sobre o neocontratualismo de John Rawls**. Dissertação de mestrado. Campinas (SP): Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), 2004.

Recebido em 12/07/2006