

Decisão justa e teorias de justiça

A justiça como valor social, pós-positivismo
e teoria neo-institucionalista – uma breve abordagem

Antonio Carlos Doorgal de Andrada *

Justiça como valor

Platão entendia o conceito de “justiça” como sinônimo de “virtude”, “um bem mais valioso que muitas barras de ouro” (BOBBIO; MATTEUCC; PASQUINO, 2000). Da época antiga à contemporaneidade, pode-se verificar, numa investigação histórica, que o entendimento do que seja “justiça” passou de uma concepção objetiva para uma de completa subjetividade. Ao longo do tempo, constata-se a recorrência de certas questões cujos registros são pertinentes: primeiro, as tentativas de identificar aquilo que distingue “justiça” de outros fins – ou seja, a sua definição mesma; segundo, os questionamentos sobre o valor ético e político da “justiça” como utilidade; e, terceiro, os meios e condições para o alcance e existência da “justiça”. Num sentido geral, a idéia de “justiça” é aceita como dar a cada indivíduo o que lhe é mais devido. E já é o bastante para grandes controvérsias, porque a definição descritiva do que seja “justiça” abre um leque infinito de possibilidades, como a recomendação de Norberto Bobbio, para quem - como exemplo da amplitude polêmica do termo -, “a melhor coisa é considerar a Justiça como noção ética fundamental e não determinada”(BOBBIO; MATTEUCC; PASQUINO, 2000). Seria, então, como contra-ponto, o caso de se indagar: “que ética?”, “qual fundamento?”, “se é indeterminada, qual noção é pressuposta?”...

Mais recentemente, do lado das democracias ocidentais, o entendimento acerca da definição de “justiça” adquiriu contorno de viés utilitarista e liberal, por um lado, e de inspiração no socialismo democrático, por outro.

Ao longo do século XX, a vertente utilitarista vai se desenvolver nos países anglo-saxões, culminando hoje nas discussões ao redor do que se chama “realismo moral”, que têm em Rawls e Dworkin seus maiores expoentes. Eles trazem uma concepção deontológica das regras morais e são defensores da igualdade liberal, eqüitativa, baseada numa justiça distributiva, sob a forma do “princípio da diferença”. Para Rawls, a distribuição de bens deveria submeter-se a regras que permitissem uma partilha ideal (justiça processual perfeita) ou a melhor possível (justiça processual imperfeita). Assim, o sentido de “justiça” estaria nos processos adotados, que seriam justos ou não. O processo, assim concebido, para ser justo, decorreria de um conjunto de procedimentos em que os seus autores escolheriam as regras de distribuição de bens. Tal processo teria como ponto de partida o “contrato” no qual os participantes seriam caracterizados pelo desejo de levar uma vida boa. Os participantes do “contrato”, pela necessidade de coisas elementares, gozariam da mesma consideração por seus interesses. A sociedade é, então, concebida (a) como uma estrutura de cooperação entre pessoas que podem ter concepções divergentes a respeito da vida boa (justa); (b) como um mecanismo de participação para a realização de fins particulares; e, (c) como um princípio de co-existência racionalmente válido. Embora utilize uma argumentação teórica diferenciada de Rawls, as conclusões de Jürgen Habermas não são muito diferentes da dele. Para fundar racionalmente as escolhas de valores, Habermas propõe um debate conduzido em uma “comunidade comunicacional ideal”, na qual cada um exporia livremente sua opinião sem os efeitos de quaisquer instrumentos de dominação. Ao final, tanto Habermas como Rawls, propõem um exercício procedimental de reflexão teórica, moral e política para a construção de um ambiente social que seja justo.

A outra direção, a vertente denominada “continental”, que predomina na Europa em geral, e marcadamente na França e na Alemanha, é tomada pela “reflexão ética”. Apega-se, ao extremo, a certas possibilidades abertas pela tradição moral. Suas raízes estão nas origens do marxismo-hegeliano, da psicanálise e da fenomenologia. Conhecida como “comunitarista”, pretende reintroduzir na “reflexão ética” tudo o que os processualistas quiseram expulsar, buscando reafirmar a supremacia do “bem” sobre o “justo”. Assim, parte do pressuposto de que existe uma concepção substancial da vida social que visa à promoção do “bem comum”, e, por isso mesmo, entende que as concepções individuais estão submetidas a esse contexto social, que tem uma história que condiciona as questões morais, e em particular à justiça distributiva. Para o “comunitarismo”, a compreensão de uma ação deliberativa precisa ser contextualizada, não sendo tal contexto objeto de escolha, mas de uma imposição, de uma herança. Em tais condições, a “reflexão ética” autêntica corresponde a um ato que é mais de conhecimento do que de decisão, ou seja, trata-se de descobrir o que já constituiu a identidade individual antes de formá-la. Ou seja, a capacidade de escolher é considerada como um valor, requerendo um conjunto de instituições comuns para a compreensão mútua dos sujeitos capazes de escolher para que se possa compreender o valor das opções a serem escolhidas. A valorização da escolha enquanto tal não seria um dado natural, mas contextual, o que altera profundamente o sentido de “justiça” em relação ao pensamento liberal-utilitarista.

Justiça na perspectiva pós-positivista

Na perspectiva pós-positivista, o processo decisório judicial para ser “justo”, deverá estar relacionado com a forma de legitimação da

jurisdição constitucional, onde a interpretação e a decisão manifestam-se concomitantemente.

Segundo Cláudio Souza Neto (SOUZA NETO, 2002), após o esgotamento do positivismo jurídico, a filosofia do direito contemporâneo caminha no sentido da formação do paradigma pós-positivista, no qual se destacam “a tópica, a teoria dos princípios e a teoria dos discursos”. Essa nova visão filosófica do direito, embora tente articular “engenhosas metodologias do decidir” (SOUZA NETO, 2002) que se revelem imunes às ideologias liberais ou “comunitaristas” na busca de “decisões justas”, acaba por absorver, de certa forma, tais concepções sócio-políticas presentes nas democracias ocidentais que, em última instância, encontram no ambiente social a conceituação e a legitimidade da “justiça”.

Enfocando a tópica, Souza Neto destaca, em linhas gerais, que ela objetiva, na interpretação da norma constitucional, “ao menos, obter, através de argumentos razoáveis, persuasivos, a adesão da comunidade à qual se dirige a pretensão normativa”, saindo, assim, da dicotomia positivista “entre razão e vontade, observação e ação”. Nessa linha, Peter Häberle elabora uma articulação entre a tópica e a teoria democrática. Na sua obra “Hermenêutica Constitucional” (HÄBERLE, 2002) introduz uma visão de democracia participativa, que entende superior à representativa, afirmando que “a sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato”. Na tópica em Hesse e Müller, a aplicação da norma encontra na argumentação o instrumento para a escolha racional da opção interpretativa da norma constitucional, de forma que ela não seja um ato meramente volitivo.

Ao abordar “a teoria dos princípios”, Souza Neto ressalta que Dworkin “atua no sentido de reduzir a discricionariedade judicial”, uma vez que entende existir uma única resposta correta para cada caso concreto. Assim, para Dworkin, o magistrado deve assumir a dimensão de “hércules” com a capacidade de uma infalível

compreensão dos dados disponíveis para a sua decisão. Para ele, os princípios assumem condição normativa para informar ao juiz critérios para sua decisão quando a regra for injusta ou não houver regra aplicável.

O outro paradigma pós-positivista, o da “teoria dos discursos”, encontra em Habermas o seu principal protagonista. As idéias habersianas “têm-se preocupado destacadamente com a institucionalização das condições possibilitadoras da participação”. Como desdobramento, “o processo democrático não poderá atuar no sentido de suprimir suas próprias condições possibilitadoras, consubstanciadas nos direitos fundamentais”. O procedimento democrático é, conseqüentemente, o espaço público onde o ato jurisdicional será construído de forma dialógica e racional, propiciando, ainda, a limitação do “princípio majoritário” nas democracias. São colocações de Manuel Atienza (ATIENZA, 1995): “...a filosofia do Direito deve cumprir uma função de intermediação entre os saberes e as práticas jurídicas, por um lado, e o resto das práticas e saberes sociais, por outro”.

Em dura crítica às teorias pós-positivistas, Rosemiro Leal (LEAL, 2002) constata que “o debate sobre a existência ou não de uma decisão justa arrancada da norma como unidade ontológica ou da consciência do julgador ou do ser social é ainda o *trilema* a ser enfrentado pelas diversas escolas metodológicas da interpretação jurídica, já que não percebem outro plano de fundamentação possível. A questão assume versões de saber se uma decisão justa integraria uma jurisprudência de conceitos, valores ou interesses sociais imediatos ou mediatos. Dworkin, Larenz, Rawls, Alexy, Günther e muitos outros que trabalharam uma teoria da justiça se enredaram em ginásticas mentais para que, evitando transformar o juiz em pitonisa, lhe fosse possível ser um descobridor da melhor decisão por metodologias complexas (jogos de linguagem) neutralizadas de qualquer suspeita sentimentalista ou ideológica. Essa foi e será sempre uma tarefa inalcançável quando se põe o

decisor talentoso ou de bom-senso no centro produtor de justiça (o dono normatizador da jurisdição)”.

Justiça e teoria do direito democrático

Em sua obra ‘Teoria Geral do Processo’ (LEAL, 2005), Rosemiro Leal elabora a teoria “neo-intitucionalista do processo” que, em apertada síntese, propõe o processo “como instituição constitucionalizada” e define-o “como uma conjunção de princípios (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade judicial) que são referentes jurídico-discursivos da procedimentalidade...”. Concebe, então, o processo “por concretização constitucional”, que é “aqui concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos”. É, assim, “uma teoria da processualização testificante da validade normativo-democrática, porque propõe e atua um pensar jurídico na racionalidade sempre problematizável, por falibilidades revisíveis, da produção e aplicação do direito”. Contestando Habermas, Rosemiro nega a possibilidade de um ”procedimentalismo na base construtiva do direito, sem que, antes, se institucionalize o devido (o sentido teórico) processo constitucional, porque a fixação dos critérios jurídicos-constitucionais do modo de produção e correição de direitos é que vai definir a qualidade democrática de uma Sociedade Jurídico-Política”. Dessa forma, dispõe que a construção de uma sociedade democrática se dará por “uma comunidade jurídica de cidadãos”, identificando-os como “povo legitimado ao processo”, os quais, como destinatários da norma, exercerão fiscalidade integral. Entende, portanto, que a cidadania só se realizará “com o direito de ação” – liberdade de agir -, sem a existência de garantidor ou protetor pessoal do direito.

Na concepção pós-moderna da teoria neo-institucionalista, os direitos fundamentais serão elaborados pela vontade dos seus respectivos destinatários, decididas conforme a teoria do processo de direito democrático, onde os princípios da ampla defesa, da isonomia e do contraditório atuarão para delimitar “o exercício da vontade criadora de direitos”. Por isso, não há que se falar em direitos fundamentais como valor absoluto “impregnado na consciência dos indivíduos”, mas como pressupostos processuais “sem os quais o conceito de Estado democrático de direito não se anuncia”.

A teoria neo-institucionalista desloca, por conseguinte, o sentido de “justiça” enunciado pela modernidade “da razão prescritiva”, “da dominação legal” e “salvadora da realidade hostil”, para outro pólo, inserido num sistema democrático de bases discursivas, cujo sentido se dará como resultado de uma construção continuada pela “comunidade jurídica de cidadãos” através do devido processo constitucional “que é o recinto de fixação jurídico-principiológica instituinte dos direitos fundamentais como ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivarem processualmente no mundo vivente”.

Bibliografia

ATIENZA, Manuel. *Trás la Justicia – Uma introducción al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, vol.1. Brasília: UnB, 2000.

HÄBERLE, Peter. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PISIR, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. São paulo: Manole, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. São Paulo: Renovar, 2002.

* Antonio Carlos Doorgal de Andrada é Conselheiro do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Bacharel em Direito, é professor universitário e especialista em Direito Público.