

A encruzilhada democrática brasileira: justiça x política?

The structural puzzle in contemporary Brazil's democracy: justice x politics

Natercia Sampaio Siqueira e Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz

Resumo

O presente artigo trata da relação entre política e justiça na sociedade brasileira contemporânea, com o propósito de reavaliar características do direito hoje vivenciadas como dogmas. Mediante pesquisa bibliográfica, trabalha-se com a vertente da filosofia política que reclama a deliberação democrática como instrumento de realização da liberdade. À análise do vínculo normativo entre liberdade e processo político, chega-se à dificuldade estrutural da democracia brasileira: a Constituição é comprometida com uma série de concepções do bem, o que prejudica a igualdade de liberdades, ao tempo em que ao processo político não se assegura o justo valor das liberdades políticas, o que também prejudica a igualdade de liberdade. Este impasse remanesce, de forma a não ser possível a aplicação de teorias normativas democráticas sem consideração à realidade brasileira.

Palavras-chave: Equidade. liberdades básicas. Democracia. Processo político. Fundamentalização do direito.

Abstract

This paper deals the relationship between politics and justice in Brazilian society, with purpose is review practice law's issues that is conceive like dogma. Through bibliographic research, is analyzed the political philosophy that claim the deliberation democratic as mean to achieve the liberty. The relationship between liberty and political process leads to structural puzzle in contemporary Brazil's democracy: the Brazilian constitution brings several fundamentals principles and rights, that imply comprehensives theories that hurts the equal liberty, in the same time that isn't assured fair value for political liberty in political process, what damages the equal liberty. In this way, isn't possible to apply normative notion without consideration for Brazil's reality.

Key-words: Fairness. Basic liberty. Democracy. Political deliberation. Fundamental rights.

Introdução

Em 2013, completaram-se 25 anos de vivência da Constituição de 1988, momento no qual a perspectiva de judicialização e fundamentalização do direito atinge o seu grau mais elevado, iniciando o processo dialético da oposição, a manifestar-se na proposta à EC. 33.

O presente artigo trata, precisamente, do debate que tem sido ofuscado pelo dogma da *fundamentalização e judicialização* do direito: a relação entre princípios e processo político em uma democracia. Para desenvolver este assunto, após ressaltar-se que a ênfase da prática jurídica brasileira contemporânea concentra-se no judiciário, inicia-se breve histórico sobre democracia, que ao longo da história foi vivenciada mediante diferentes perspectivas.

Em um terceiro momento, passa-se a abordar a mudança do pensamento ocidental, quando incorporada a liberdade como o seu elemento informador. A relação normativa entre liberdade e deliberação democrática, após considerações históricas, é avaliada à luz da filosofia política contemporânea de Rawls, a partir da qual se aborda a presente encruzilhada em que se encontra a democracia brasileira. De um lado, a *fundamentalização e judicialização* do direito representam uma base constitucional repleta de concepções do bem, que condiciona e informa o processo político, com prejuízo à igualdade de liberdades básicas característica de uma democracia. Mas por outro, a larga disponibilização ao processo político de assuntos estratégicos para a sociedade e o indivíduo, quando não se assegura a equidade nas deliberações democráticas, franqueia aos segmentos sociais de maior influência nos meandros do poder a imposição de seus interesses às decisões estatais. Isto, igualmente, prejudica a igualdade de liberdades básicas.

É esta uma questão estrutural referente à democracia brasileira, a desafiar a sua sustentabilidade. Uma interrogação referente ao agente, na atual conjectura nacional, que se mostra mais apto a tomar decisões elementares à sociedade democrática, de forma a se manter a igualdade e liberdade. Dentro das atuais características da sociedade brasileira, deve-se buscar esta resposta, abandonando-se os paradigmas que se vem apresentando como dogmas; antes, se deve ater nos dados da realidade, trazendo a teoria não como fato, mas como possibilidade de compreensão e melhoramento do real.

1.0. As diferentes formas de raciocinar o direito

Na busca pela essência do fenômeno jurídico, a doutrina nacional, ainda que em meados do século XX, deixa-se influenciar pelo formalismo jurídico característico da Europa do século XIX e que encontrou seu ápice na teoria Kelseniana. Alfredo Augusto Becker (1998, p. 308), ao tratar da incidência normativa, considera que “A *juridicidade* tem grande analogia com a energia eletromagnética”, ao passo que “a incidência da regra jurídica projeta-se e atua com autonomatismo, instantaneidade e efeitos muitos semelhantes a uma descarga eletromagnética”.

Tal passagem ilustra, com precisão, a correlação entre direito e ciência natural, entre o fenômeno jurídico e o fenômeno físico. O direito é explicado pelo artifício da causa e realizado pelo evento da imputação; ocorrido no mundo fenomenológico o fato descrito em lei, de imediato surgiria a relação jurídica nela prevista. Nada diferiria do que ocorre nas ciências naturais: a água evapora quando fervida a cem graus, assim como a junção de um átomo de hidrogênio com dois de oxigênio resulta em uma molécula de água.

Tanto no direito, como na física e na química, a ocorrência de um fato previsto nas respectivas leis geraria, de imediato e inevitavelmente, a consequência nelas descrita. A atividade do jurista não deferiria, substancialmente, da atividade do físico e do químico: reconhecer as normas que regem os eventos, analisar a correspondência entre o fato real e a hipótese normativa, descrever as inevitáveis consequências do ‘fato-causa’ realizado fenomenologicamente.

E neste proceder, o direito alcançaria o seu propósito de camuflar as incertezas jurídicas sob uma metodologia que lhe conferiria aparente exatidão. Tal mecanismo foi o adotado pela prática jurídica do liberalismo burguês que substituiu o regime absolutista francês. Tratar o direito como ciência natural, raciocina Perelman (1997, p. 33), daria a ideia de que não se estaria à mercê dos homens, mas ao abrigo de instituições, tanto quanto possível, impessoais.

Mas se o propósito de afastar o direito do arbítrio judicial seria a ‘explicação’ da analogia entre a metodologia jurídica e a das ciências exatas e naturais no Estado liberal oitocentista, outra seria a justificativa da preservação deste equívoco metodológico já no séc. XX aqui no Brasil. Uma república nova e incipiente, constantemente assolada por arroubos autoritários, também se adaptava ao positivismo manifesto na objetividade do direito, que retira ao judiciário uma sua análise axiológica. Não se estranha, desta feita, que no regime militar, instaurado já na segunda metade do séc. XX, se tenha resguardado a prática jurídica silogística, experimentada sob a crença na causalidade e imputação.

A adoção, no Brasil, de uma prática jurídica com esteio em princípios carregados de conteúdo axiológico deu-se já ao final do séc. XX, concomitante ao término da ditadura, à estabilização democrática e ao intenso compartilhamento do conhecimento entre acadêmicos de diferentes países pela difusão do uso da *internet*. Mas na excitação da mudança, cuja potencialidade dos contrários é imanente, corre-se um novo risco: o de subestimar a função legislativa em uma democracia. A assunção da criatividade imanente à hermenêutica jurídica e a concepção da aplicabilidade direta e imediata dos vários princípios e direitos insculpidos no

texto constitucional, acolhem o discurso do judiciário como o Poder da República brasileira com a aptidão para realizar a Constituição Federal.

O Judiciário, graças à formação jurídica e ao conhecimento das peculiaridades fáticas pelo julgador, teria ‘melhor’ aptidão para intuir a ‘melhor’ regulação a ser extraída do princípio ao caso concreto. Neste cenário, pouca atenção dá-se ao legislativo, que seria condicionado e informado por princípios prévios, cuja função do judiciário é a sua defesa e realização.

A confiança é no judiciário. Uma gama crescente de direitos, institutos, princípios e valores assumem o qualificativo de ‘fundamental’. A aplicabilidade imediata da Constituição federal pelo judiciário assume *status* de dogma. Por consequência: no Brasil, a superação do positivismo resultou na descrença na lei, o que tem obnubilado o debate sobre a distribuição de competências entre o legislativo e o judiciário que, por sua vez, deve ser travado com parâmetro na política que se considera imanente a uma democracia.

É preciso que se resgate referido debate, no atual momento em que se vivencia a Constituição de 1988, marcado pela crença popular e pela desconfiança institucional no judiciário. A formação de uma pré-mentalidade jurídica caracterizada pela fundamentalização e judicialização do direito tem alimentado a precaução dos demais poderes, o que tem gerado, por vezes, desconforto e mútua desconfiança entre os poderes da federação. Chega-se, portanto, ao tempo em que se deve reabrir a controvérsia da filosofia política acerca da existência de princípios condicionantes e prévios, a informar o processo político democrático.

2.0. Democracia direta na Grécia antiga

O ideal democrático é materializado na concepção da democracia direta, cuja imagem denotativa imediata é a dos gregos, a debater e decidir sobre os assuntos políticos na ágora ateniense. É verdade que as advertências quanto ao caráter restrito da cidadania – que não contemplava mulheres e escravos – são reiteradas nos escritos sobre o assunto. Mas hoje, tão relevante quanto ressaltar a exclusão das mulheres e dos escravos da vida política, é a advertência de que a democracia grega não se prestava à realização da liberdade – a qual, concomitante, é associada a democracia.

Antes, a democracia grega foi vivenciada no contexto de uma filosofia teleológica, dominada pelo anseio de realizar a natureza humana em toda sua potencialidade. A filosofia de Platão bem ilustra referida perspectiva teleológica do pensamento grego. Na cidade justa, cada qual seria direcionado às suas funções em conformidade com os seus talentos e aptidões:

aos amantes do saber se entregaria o governo, aos corajosos a defesa institucional e aos demais – artífices – a satisfação das necessidades materiais, tais como habitação, alimentação e vestuário.

A mesma concepção ordenada de justiça encontra-se no conceito do homem justo: ele é o que ordena os elementos da alma às suas funções conforme as respectivas aptidões. À razão caberia o governo do homem, à coragem a temperança, mediante o esforço de subjugar os sentidos à razão, e aos sentidos a satisfação das demandas materiais do corpo humano. A realização por excelência do homem não guardava correlação com o desejo, comumente associado aos sentidos, que revelariam injustiça à medida que passassem a dominar o indivíduo e a sociedade.

Semelhante perspectiva teleológica faz-se sentir, igualmente, em Aristóteles, para quem a virtude teria por propósito o atingimento da perfeição, que consubstancia a disposição da coisa conforme sua natureza, na justa medida para realizar-se em toda potencialidade (SALGADO, 1995, p. 34). Neste diapasão, o homem, como ser político, apenas se realizaria, por completo, na cidade, cuja política teria por propósito a disposição das coisas no justo meio à realização da sua finalidade.

Também a filosofia cristã de Santo Agostinho, ao tratar do amor ordenado, caminha mediante perspectiva teleológica. Longos anos passaram-se, desde a filosofia grega, para que uma nova perspectiva sobre a qual se compreendesse o homem pudesse suplantar a teleológica, qualificando a democracia: a liberdade.

3.0. Democracia e liberdade

Ao tempo em que se reiniciam os debates acerca da legitimidade do poder, para além de um mundo ordenado sob a vontade divina ou a natureza, abriram-se as portas à concepção da liberdade como estruturante de uma nova mentalidade ocidental. As teorias contratualistas, é exemplo, passaram a explicar o poder no contrato, constituído pela vontade livre, recíproca e igual de cada contratante.

Já a ideia do contrato, é importante ressaltar, incorpora a perspectiva do homem como agente apto a uma “razão exercida de maneira adequada” (O’DONELL, 2011, p. 47). Ou seja, o contrato, a consubstanciar direitos e obrigações, pressupõe um ser de vontade livre e dotado de personalidade jurídica: “esse indivíduo não é uma coisa [...] é um ser definido, amparado e habilitado legalmente” (O’DONELL, 2011, p. 48).

A perspectiva do homem como agente, apto ao exercício livre e adequado da razão, foi o passo decisivo para uma nova concepção da democracia, associada à liberdade. Contrapondo-se ao jugo da ordem cósmica ou da vontade divina, que até então marcava o pensamento ocidental, a liberdade traz ao homem a responsabilidade pelo uso adequado de sua razão.

A liberdade, por outras palavras, responsabiliza o homem, não Deus ou a ordem natural, pelo seu destino. Nesta perspectiva, a pessoa não se limita a alcançar a verdade pela razão, nem a dispor as coisas na justa medida para que cumpram com a sua finalidade ontológica. O homem é mais do que um elemento passivo da natureza ou da lei divina, que a tudo comandariam com força predestinatória. Mediante o paradigma da liberdade, o homem assume a responsabilidade sobre si e a sua sina, torna-se fim em si, legitimando-se à agência nas suas relações privadas, políticas, sociais.

4.0. Da igualdade à liberdade através da democracia

Ao teorizar sobre a igualdade, no seu “Discurso sobre a origem da desigualdade”, Rousseau chega à conclusão de que a pessoa, em estado natural, não é melhor ou pior em relação às demais. Ou seja, as desigualdades não seriam resultado da vontade divina ou da ordem natural, mas criação artificial do convívio em sociedade, cuja dinâmica relacional significa as características pessoais sob o desejo da distinção inerente ao homem.

Abandonando-se a crença de que alguns são mais aptos e merecedores – em razão da vontade divina ou da natureza – o que explicaria o seu domínio sobre os demais, é a liberdade que se revela como o fundamento do poder. A liberdade, para Rousseau, significaria a sujeição do homem à vontade que lhe é própria (DENT, 1996, p. 157).

Daí a primazia, no pensamento Rousseauiano, do processo político sobre uma concepção prévia de justiça. À lei, por veicular a vontade geral, deveria sujeitar-se o poder e as pessoas, situação na qual o indivíduo não apenas seria o destinatário, mas também “parte do legislador, integrando a soberania”. (OTERO, 2007, p.200). E, nesta particular situação, residiria a sua liberdade: a sujeição à lei da qual se é autor.

A vontade geral, por sua vez, não seria mera soma de interesses particulares, mas o que se revela de interesse de todos os cidadãos, uma vez que acima das ambições e paixões pessoais. Argumenta Rousseau “que uma pessoa só ganha para si uma vantagem ilusória se colocar em primeiro lugar vantagens particulares” (DENT, 1996, p. 217). Mais do que

interesse pessoal, a vontade geral consubstanciaria a diretiva sobre a qual todos concordariam, mediante uma mesma razão (DENT, 1996, p. 216).

A sujeição à vontade geral asseguraria, por via de consequência, a liberdade, igualdade e fraternidade – ideias inspiradoras da Revolução Francesa. Liberdade, já que cada qual estaria subordinado à própria vontade e não ao arbítrio de outrem. Igualdade, pois não mais haveria pessoa com autoridade inata sobre as demais; o poder se justificaria na vontade geral, igualmente própria de todos os cidadãos. Fraternidade, posto que, sendo a vontade geral imanente a todos, o poder que fosse nela respaldado afastar-se-ia do conflito de interesses pessoais, que põe em risco a harmonia social.

4.1. Rousseau, liberalismo e comunitarismo

Mas a teoria de Rousseau já passou a atrair muitas críticas desde o século XIX, em que a concepção negativa da liberdade ganhava fôlego face à expansão do capital burguês e o domínio da economia pela indústria. No século XX, Isaiah Berlin (2001, p. 101-102) tece considerações ferozes contra a teoria de Rousseau, ao ressaltar que a vontade geral não conheceria limites na individualidade. A preocupação de Berlin (2001, p. 63) resulta da perspicaz observação de que a democracia, nos moldes em que a trabalhou Rousseau, pressupõe uma vontade geral que coincide com a superior aptidão de uma pessoa para conduzir-se na vida. Uma vez mais, se estaria perante a dicotomia tão presente na filosofia e pensamento ocidental: razão x sentidos. A razão a representar o que há de sábio, lúcido e verdadeiro no ser humano. Os sentidos a responder pelas ambições e vícios, que desvirtuam o homem da verdade, das boas escolhas e do correto caminho.

Os sentidos escravizariam o homem; mas a razão o libertaria. Por esta trilha seguiria o pensamento de Rousseau, até chegar ao paradoxo de que a observância à vontade geral justificaria a coerção sobre o homem para que fosse livre. O homem ver-se-ia obrigado à liberdade, ainda que disto resultasse forte intervenção estatal no domínio privado.

As críticas à teoria Rousseauiana levaram à elaboração de duas concepções distintas da liberdade: a) a liberdade que Benjamin Constant denominava dos antigos e que Isaiah Berlin conceitua como positiva, a significar a participação na vida política e o consequente governo por si; b) a liberdade que Benjamin Constant atribui aos modernos e à qual Berlin apelidou de negativa, que se realiza na livre atuação do indivíduo, sem impedimentos pelos demais e mesmo pelo Estado.

Para Rousseau, à política, realizada sob a vontade geral, haveria a alienação total de direitos (SIMPSON, 2007, p. 118). Não haveria direitos prévios de liberdade, condicionantes e informantes do processo político. Não haveria oposição possível à vontade geral. Referida concepção confronta-se com a filosofia e mentalidade que se firmaram no decorrer do séc. XIX e no início do séc. XX, a reivindicar a liberdade no caráter negativo de abstenção estatal nas relações privadas. Na aurora do século XX, a prática jurídica passou a reconhecer normatividade a direitos subjetivos, relacionados às liberdades – de locomoção, de crença e religião, de associação e de expressão – que seriam anteriores e limitadores do processo político. Ou seja: direitos intangíveis, até mesmo, pela deliberação democrática.

A teoria do controle de constitucionalidade brinda referida perspectiva de direitos fundamentais. Mas ao liberalismo burguês antagonizou o totalitarismo, no qual nada se opunha à vontade do Estado, que encarnaria o bem geral.

A reação ao totalitarismo, por sua vez, foi materializada na fórmula do 'Estado Democrático de Direito', com pretensão de síntese entre liberalismo burguês e Estado social. Um Estado que atribui o caráter de 'fundamental' a uma série de direitos – não apenas as tradicionais liberdades, como os direitos sociais e difusos – que seriam prévios e limitadores do processo político. O curioso, entretanto, é que no contexto das democracias contemporâneas, orientadas pela cláusula do Estado Democrático de Direito, concepções procedimentalistas da democracia ganham adeptos, em especial entre os comunitaristas, que compreendem o indivíduo em inserção ao seu ambiente.

Para uma perspectiva mais extremada do comunitarismo não haveria, sequer, direitos prévios e condicionantes do processo político. A ideia de direitos fundamentais implicaria a imposição de determinada concepção filosófica à democracia, o que prejudicaria a igualdade e liberdade inerente a uma sociedade democrática. Mas a concepção procedimentalista não apresenta uma resposta definitiva aos desafios da democracia.

5.0. O pensar público e privado

À perspectiva de uma concepção procedimental da democracia, sem condicionamentos prévios, Catherine Audard (2006, p. 77) opõe o “*‘Pensar’ segundo Arendt: o ‘ponto de vista moral’ e sua consciência antropológica*”:

Fiel à lição de Sócrates, ela mostra que integridade intelectual e integridade moral são indissociáveis. A preocupação com o verdadeiro e com a justiça, a dimensão epistêmica e a dimensão moral da atividade de pensar são inseparáveis, mesmo se,

em outros contextos, ela for perturbada por efeitos dissolventes do pensamento crítico sobre a coesão da comunidade.

O pensar e o julgar não se conciliariam com a completa absorção do indivíduo pelo consenso e acordo (AUDARD, 2006, p. 78). O acordo público divide espaço com o pensar, julgar e refletir do homem privado, em uma relação contínua e dinâmica de complementariedade e interseção, não obstante a distinção entre os dois 'pensar'.

A perspectiva de que o público não absorve o privado é profundamente relevante ao momento final da *Justice as fairness*, complementada pelo Liberalismo Político, quando Rawls desenvolveu novos conceitos à filosofia política, como o do *overlapping consensus*. O liberalismo de Rawls (1999, p. 464), manifesto na igualdade de liberdades básicas, não é metafísico; ou seja, não é uma teoria compreensiva para toda a vida. Antes, resulta de um acordo entre as pessoas, com diferentes concepções de bem, sobre os princípios de justiça elementares à estrutura básica de uma sociedade democrática.

Ou seja, independente da concepção moral, filosófica ou religiosa que uma pessoa adote nas suas relações privadas, ela, na esfera pública, seria capaz de entrar em acordo com as demais sobre os dois princípios de justiça estruturantes de uma sociedade democrática – *overlapping consensus*. É, justamente, em função do conceito de *overlapping consensus*, que a Teoria da Justiça de Rawls deixa espaço às pessoas para formarem e vivenciarem um projeto de vida baseado em concepções distintas da “*comprehensive liberal conception*” (RAWLS, 1999, p. 464). Isto é: as pessoas têm liberdade de adotar qualquer das concepções específicas do bem – desde que permissível em uma democracia e ainda que diversa da concepção liberal metafísica – e de nela educar seus filhos. Nas relações privadas, não apenas é permitido ao indivíduo, como dele se espera a percepção de que determinado modelo ou estilo de vida é superior a outros.

A igualdade de liberdades básicas, portanto, é um princípio de justiça a ser aplicado na esfera pública, mas não, necessariamente, no âmbito privado – embora seja dela limite. Desta feita, ainda que a razão pública reconheça todos os modelos de vida possíveis em uma democracia como igualmente bons, à razão privada espera-se a eleição de determinado modelo de vida como o melhor.

Pelo artifício do *overlapping consensus*, Rawls possibilita uma razão privada diferente da pública, assegurando a faculdade moral do pensar, refletir e julgar. Este espaço, por sua vez, não significa que as questões públicas não tenham relevância à razão privada. Antes, o espaço da política é fundamental para a liberdade, de maneira que o liberalismo mantenha-se adjetivado pelo 'político' ao invés de 'metafísico'.

5.1. Ceticismo, justiça e equidade

Aqui, é importante ressaltar: a possibilidade de um pensar privado diferente do público, expressamente contemplada na teoria de Rawls, não pode ser lida como cisma entre público e privado. Nas várias fases pela qual o pensador norte americano desenvolveu a sua teoria de justiça, sobeja o esforço de coerência sob a ideia da 'igualdade de liberdades básicas', que se vê, comumente, ameaçada pela perspectiva metafísica do liberalismo a estruturar as instituições básicas de uma sociedade democrática.

Desde o primeiro momento de elaboração da *Justice as fairness*, Rawls, ao contrário de uma perspectiva meramente procedimentalista de democracia, enumera dois princípios de justiça que seriam estruturantes das instituições políticas, econômicas e jurídicas de uma sociedade democrática: igualdade de liberdades básicas (Primeiro princípio); justa oportunidade para preenchimento dos cargos e funções abertos a todos + princípio da diferença (Segundo princípio de justiça).

Em 1971, Rawls justificou a escolha desses princípios no contrato social, que ele denominou de posição original. Ou seja: os princípios de justiça seriam aqueles que os representantes da sociedade, concebendo a todos como pessoas livres e iguais, mas com os interesses particulares vedados pelo véu da ignorância, escolheriam para informar a estrutura básica de uma sociedade democrática.

Mas as várias críticas tecidas a *Justice as Fairness*, no sentido de que a posição original refletiria uma concepção liberal metafísica, fizeram Rawls rever o fundamento da sua teoria de justiça. O filósofo de Harvard passou a explicá-la na cultura pública própria de uma sociedade democrática. Ou seja, a *Justice as Fairness*, com os conceitos muito peculiares mediante os quais foi constituída, se explicaria na forma como as pessoas percebem a si e às demais nas relações públicas constituídas e vivenciadas no ambiente democrático. O que significa que a *justice as fairness* seria um teoria da justiça própria da sociedade democrática. Nesta reviravolta, Rawls dobra-se ao ceticismo, uma vez que se esquivava de adotar uma teoria metafísica de Justiça; antes, contextualiza a sua concepção de justiça na democracia.

Mas este ceticismo, é importante que se repita, não se estende à tarefa de delimitar princípios de justiça basilares às instituições sociais. O ceticismo é quanto ao fundamento metafísico, mas não referente à possibilidade de se descortinar os princípios de justiça que, a despeito do pluralismo imanente às sociedades democráticas, seriam elementares da sua estrutura básica.

5.2. A igualdade de liberdades básicas e política

O primeiro dos princípios de justiça, de acordo com Rawls, consiste na igualdade de liberdades básicas, que seria prejudicada caso a justiça fosse explicada em alguma teoria compreensiva de justiça.

Isto é, caso uma concepção liberal metafísica servisse de justificativa da *justice as fairness*, a própria ideia de 'igualdade de liberdades básicas' sucumbiria em insuperável contradição: uma teoria metafísica como alicerce às instituições sociais implicaria a imposição de uma dada concepção sobre o bom e o valoroso, o que prejudicaria a igualdade e liberdade para conduzir-se na vida.

Eis o porquê de Rawls justificar a sua teoria de justiça nas características de uma sociedade democrática e do esforço para concebê-la como uma teoria política e não de toda a vida. Eis, também, o porquê de Rawls ser econômico quanto ao conteúdo dos princípios de justiça e à matéria que seja imanente à Constituição.

O objeto próprio da Constituição seria o primeiro princípio de justiça e o mínimo existencial. Ainda ressalta Rawls (2000, p. 190-191) que a Constituição teria por função regular o primeiro princípio de justiça de forma a estruturar o justo processo político, ao qual caberia a deliberação sobre o segundo princípio de justiça e as liberdades, que não as básicas.

É expressivo o fato de Rawls (2000, p. 192) ter negado à propriedade sobre os meios de produção o status de direito fundamental, ao ressaltar que o liberalismo político teria por propósito, precisamente, superar o desafio “de organizar as instituições sociais de maneira que elas se conformem à liberdade e à igualdade dos cidadãos enquanto pessoas morais”. Ao final, conclui (RAWLS, 2000, P. 195) que “um argumento filosófico, por si só, tem muito pouco probabilidade de convencer uma parte de que a outra tem razão a respeito de uma questão como a da propriedade privada ou social do meio de produção”.

Rawls explicita a relação entre democracia e neutralidade. A liberdade e igualdade inerentes às sociedades democráticas contemporâneas não são compatíveis com a imposição de um modelo de vida valorosa, basilar às instituições sociais, o que prejudicaria a igualdade de liberdades. Antes, uma sociedade democrática deve constituir as suas instituições a partir de uma estrutura básica descompromissada com concepções *a priori* do bem.

Por consequência: a Constituição, como o conjunto de normas estruturante do processo político, não deve imiscuir-se em assuntos polêmicos. Isto significa que, ao invés de conjugar uma plêiade de concepções liberais ou sociais, a implicar o comprometimento da

estrutura básica com um modelo específico da vida boa e valorosa, a Constituição deve espelhar o consenso básico, racionalmente possível numa democracia bem ordenada, apto a persistir no decorrer da história da sociedade.

A questão é que a constituição de uma sociedade a partir de uma teoria compreensiva prejudica a reciprocidade imanente à igualdade de liberdades básicas, bem como a estabilidade social que aspira à equidade. É esta a preocupação nodal da *Theory of Justice* bem como a razão pela qual Rawls, ao comprometer-se com a igualdade e liberdade como características iminentes à democracia, reserva lugar de destaque ao processo político, que seria o responsável pela deliberação de assuntos polêmicos, uma vez que inaptos ao consenso sobreposto: *overlapping consensus*.

O lugar de destaque atribuído ao processo político na teoria da justiça de Rawls pode ser percebido no esforço de concentração que o prof. de Harvard lhe dedicou. O processo político seria caracterizado pelo justo valor das liberdades políticas e pelo debate sobre uma base axiológica comum. As liberdades políticas, por sua vez, são as únicas às quais o filósofo norte americano atribui justo valor, significando que, independente das diferenças econômicas, sociais e culturais, a todas as pessoas deve-se assegurar igual oportunidade para preencher os cargos e funções políticas e para influir no resultado das deliberações democráticas (RAWLS, 2000, p. 178).

É este o momento no qual se chega a um aparente paradoxo: embora as liberdades políticas tenham sido as únicas às quais Rawls atribui o justo valor, ele ressalva que para muitas pessoas elas são menos relevantes do que outras liberdades básicas. Mas ainda aqui, não há contradição. A primazia concedida na *Justice as fairness* às liberdades políticas explica-se, precisamente, na igualdade de liberdades básicas, que é incompatível com uma base axiológica apriorística, a partir da qual se desenvolvam as instituições sociais.

Imagine-se, por exemplo, que a posição original ou a constituição adotem princípio basilar às instituições sociais que seja comprometido com a doutrina da igreja católica. Em tais casos, se estará prejudicando a racionalidade – faculdade moral de constituir, vivenciar e revisar os projetos de vida ou concepções do bem – aos não católicos, bem como aos próprios católicos, uma vez que aqueles não poderão vivenciar suas escolhas religiosas e estes não poderão revê-las (RAWLS, 2000, P. 169-170).

Mas se o processo político é caracterizado pelo justo valor das liberdades políticas e pelo debate dominado por uma mesma razão pública, as suas deliberações se caracterizariam pela equidade, sem implicar a imposição de uma concepção *a priori* do bem a todos os membros da sociedade. Ou seja: reservar os assuntos polêmicos à deliberação no processo

político, tal qual descrito por Rawls, asseguraria que as decisões que lhes tivessem por objeto seriam tomadas equitativamente. O resultado seria a realização da justa oportunidade para se elaborar e vivenciar um projeto de vida.

A pressuposição de Rawls é que a justa oportunidade na deliberação política sobre assuntos polêmicos resguarda a igualdade de liberdades básicas de forma mais eficaz do que uma base apriorística, repleta de concepções do bem, a informar as instituições sociais elementares de uma democracia. Já que decisões sobre assuntos estratégicos, tais quais propriedade privada dos meios de produção, justa oportunidade e distribuição dos bens sociais, são inevitáveis, é melhor que elas sejam entregues ao 'justo' processo político do que constar da estrutura básica da sociedade. Aqui, descortina-se a imbricada relação entre liberdades e política.

Conclusão: a encruzilhada democrática no Brasil

É interessante perceber a ponte que, mediante a Teoria de Rawls, se pode construir entre a concepção da liberdade dos antigos – ou positiva, na nomenclatura de Berlin - e dos modernos – ou negativa, conforme a denomina o prof. de Oxford. Antes de antíteses irreconciliáveis, elas podem ser percebidas como concepções complementares e integradas. Isto, porque a igualdade de liberdades básicas repudia uma base apriorística das instituições sociais, repleta de concepções do bem, que resultaria na submissão da racionalidade de segmentos da sociedade a de outros.

A igualdade de liberdades básicas melhor se concilia com um justo processo político, a deliberar sobre assuntos polêmicos em ambiente caracterizado pela equidade. Ao assumir esse raciocínio, chega-se à conclusão de que a política revela-se indispensável à liberdade, ainda que se possa concebê-la no seu aspecto negativo.

A relevância da política à liberdade recebeu uma das suas teorizações mais virulentas na pena de Rousseau, que não obstante ainda marcado pela filosofia grega, constrói o conceito de liberdade como sujeição do indivíduo à vontade que lhe é própria, o que significava: a sujeição à lei que encarna a vontade geral, igualmente própria de todos os cidadãos. Séculos mais tarde, o comunitarismo resgata a perspectiva do homem em contexto ao seu ambiente, cuja vertente mais radical chega a posicionar-se pela inexistência de princípios ou valores prévios e vinculantes ao processo democrático.

Ocorre que mesmo doutrinas procedimentalistas da democracia impõem cerceamentos de ordem procedimental ao processo político. Aproveitando referida deixa,

Joshua Coehn (2003, p. 122 e 123) chama a atenção para o fato de que nem sempre é possível distinguir, com rigor, o que seria aspecto substancial ou procedimental do processo democrático: a vedação de a deliberação democrática impedir prática religiosa, sem esteio em argumentos razoáveis, é de ordem procedimental ou substancial? O conceito de Rawls para sociedade democrática, como cooperação equitativa entre pessoas livres e iguais, apresenta caráter substancial ou procedimental da democracia?

Existe, realmente, um limbo entre o que seria limite de ordem procedimental e substancial a caracterizar a democracia. A perspectiva democrática de que as pessoas são igualmente livres é procedimental e substancial, pois impõe limites tanto ao procedimento democrático, como ao resultado das deliberações. Para além desta questão, entretanto, o que importa, no presente momento, é ressaltar a relação entre liberdade – ainda que corporificada na liberdade de fins – e processo político.

Conforme o já dito anteriormente: caracterizar a estrutura básica das instituições sociais em uma democracia por um emaranhado de concepções apriorísticas do bem prejudicaria a igualdade de liberdade que lhe é imanente. Daí a relevância do processo democrático de deliberações, caracterizado pela equidade: a ele, segundo alguns, haveria plena disponibilidade sobre as deliberações. A ele, segundo outros, condicionariam e informariam princípios prévios de justiça, aptos ao acordo razoável e racional pelas *pessoas* integrantes de uma democracia. Em ambas as concepções, entretanto, ampla é a liberdade deliberativa do processo político.

Mas a atribuição de normatividade e da aplicabilidade direta e imediata aos princípios carregados de conteúdo axiológico, concomitante à assunção de uma hermenêutica constitucional, forjou a concepção do indivíduo repleto de direitos fundamentais. A democracia passou a ser conceituada por diversos ângulos: democracia política, social, econômica, ambiental. Neste procedimento, de proliferação de direitos e princípios fundamentais, concebeu-se uma Constituição comprometida com uma série de teorias compreensivas, o que prejudica a igualdade e liberdade imanentes à democracia.

Ocorre que o problema não se resolve, simplesmente, mediante crítica à proliferação dos direitos fundamentais. A compreensão de que a igualdade de liberdades básicas demanda uma base neutra – sem comprometimento com concepções do bem - a partir da qual se desenvolvam as instituições sociais, ao tempo em que se disponibiliza ao processo político ampla competência deliberativa sobre assuntos polêmicos, mas estratégicos à sociedade e ao indivíduo, reivindica a equidade. Rawls foi extremamente cuidadoso ao tratar do ‘processo político’, qualificando-o pelo justo valor das liberdades políticas e pelo debate sobre uma

mesma base axiológica. Ou seja: o processo político não se realizaria pelo confronto entre diferentes interesses, de forma a prevalecer o que se mostrasse, numericamente, superior. Antes, seria caracterizado pelo argumento, desenvolvido no cenário de uma mesma razão pública, compartilhada por todos.

Anteriormente, já tinha Rousseau trabalhado o processo político como ourives dedicado a um intricado desenho de filigrana. A vontade geral não seria a adição numérica dos interesses particulares, mas a diretiva sobre a qual todos concordariam, mediante uma mesma razão (DENT, 1996, p. 216). O filósofo pré-revolucionário foi além de considerações referentes ao funcionamento interno do processo político, ao criticar as desigualdades econômicas, responsáveis pelo desequilíbrio de influência dos vários grupos na elaboração da lei, com o consequente fomento de desacordos e ódios prejudiciais à vivência da democracia. (FLEISHACKER, 2006, p. 88-90).

Já a democracia deliberativa, é importante ainda ressaltar, pressuporia uma participação ativa e consciente do eleitorado, que seria consultado sobre assuntos importantes, no contexto de um rico debate público a envolver experts, políticos, cidadãos (AUDARD, 2006, p. 63). Mas todas as situações anteriormente descritas encontram-se longe de caracterizar a realidade política brasileira.

As grandes desigualdades econômicas e sociais não propiciam o justo valor às liberdades políticas. Aqui no Brasil, está-se longe de afirmar que qualquer pessoa, independente de suas condições sociais, econômicas e culturais, é dotada de oportunidade equânime para participar e influir nas deliberações políticas. Muito menos se pode dizer que as importantes deliberações políticas são antecedidas de um debate democrático inclusivo, a integrar políticos, cidadãos e *experts* numa prática argumentativa mediante o compartilhamento de uma mesma razão pública.

Antes, a prática política é realizada na arena de disputa entre diversos interesses, muitas vezes não apenas de ordem ideológica, política, social e econômica, mas de caráter pessoal ou oligárquico. Não se traz o cidadão para uma deliberação democrática informada e inclusiva. Pelo contrário; ao invés de informações claras e precisas, os políticos e seus programas são 'vendidos' ao público por competentes agentes publicitários, que se utilizam de apelo sensorial e emocional ao eleitorado. E as desigualdades econômicas e sociais permanecem a desequilibrar a equidade na participação do processo político.

Neste cenário, é quimera afirmar que uma base axiologicamente neutra, a partir da qual se desenvolvam as instituições sociais, concomitante à ampla competência atribuída ao processo político, possibilitaria a equidade na decisão sobre assuntos polêmicos. O contrário

parece mais plausível. À medida que se disponibilizasse assuntos estratégicos para a sociedade e o indivíduo ao processo político, acresce a probabilidade de que a desigualdade social e econômica, a prejudicar o justo valor das liberdades políticas, tenha por consequência o comprometimento das deliberações estatais com o interesse dos segmentos sociais de maior influência no processo político.

Não por outro motivo, torna-se atraente o mecanismo de atribuir ao indivíduo uma série de direitos fundamentais, com a missão de informar, condicionar e limitar o processo político democrático. É o que parece pensar o brasileiro, em especial após o julgamento do mensalão: pesquisa realizada pelo IBOPE e divulgada pelo jornal Folha de São Paulo, no dia 24/12/2012, revelou que em uma escala de 0 a 100, o STF obteve nota 54, ao passo que as Casas legislativas obtiveram nota 34.

É possível a seguinte leitura da pesquisa: a crença de que os direitos fundamentais são imanes ao homem, sem suspeitas de que impliquem a adoção de determinada concepção filosófica do que seja a dignidade, encontra esteio, ao tempo que dissimula o receio e desconfiança no legislativo. Prefere-se acreditar em um judiciário com competência e eficiência para assegurar os direitos fundamentais do homem, ainda que de forma contrária ou mesmo prescindindo da legislação.

Chega-se, então, à encruzilhada característica do presente momento da democracia brasileira: a percepção de que a multiplicação de direitos fundamentais implica comprometimento com uma dada teoria compreensiva sobre o homem, que prejudica a igualdade e liberdade características da democracia, reivindica a disponibilidade, ao processo político, de uma série de deliberações estratégicas sobre a sociedade brasileira. Ocorre que no Brasil, as deliberações políticas não se dão em ambiente no qual se vivencia a equidade, de forma que entregar-lhe ampla competência para decidir sobre questões estratégicas também prejudica a igualdade e liberdade características da sociedade democrática.

É verdade que Rawls (1971, p.362) compreende que o esquema do justo processo político, aliado a uma constituição não comprometida com concepções do bem, revela-se, antes de uma realidade, como roteiro para analisar a autoridade de uma lei. Uma lei passaria pelo teste da autoridade à medida que, tal como se apresenta, se revelasse apta de ter sido promulgada por legisladores racionais que, conscientemente, estivessem tentando seguir os princípios de justiça (RAWLS, 1971, p. 362).

Mas ainda que se vislumbrasse o justo processo político como roteiro para a verificação da legitimidade da lei, não se resolve a questão. Isto, porque dentre decisões que se revelam aptas de serem aprovadas por representantes racionais que compartilhem uma

mesma razão pública, fica a descoberto o porquê da escolha por determinada proposta e não por outras. No processo que não seja caracterizado pelo justo valor das liberdades políticas, o desequilíbrio da influência advindo do dinheiro e de uma melhor organização possibilitaria que uma dentre as propostas igualmente razoáveis – a que melhor atendesse os interesses dos segmentos com maior influência – fosse adotada, o que prejudicaria a equidade.

Ou seja, a autoridade estaria assegurada, mas não a equidade, o que deixa em aberto o problema no Brasil, com as seguintes indagações: a realidade brasileira ainda não estaria pronta para uma vivência efetivamente democrática, na qual o processo político possuiria ampla competência sobre assuntos estratégicos, mas polêmicos? O melhor a fazer seria conformar-se com uma estrutura básica das instituições sociais repleta de concepções apriorísticas do bem, que teria melhor aptidão para assegurar a igualdade de liberdade e a justa oportunidade de participação na vida social, econômica e cultural? É esta questão que ainda resta em aberto: qual o agente apto a deliberar sobre direitos estratégicos ao indivíduo e à sociedade, o legislador na arena política ou o judiciário, na defesa das concepções do bem que impregnam a estrutura básica de uma sociedade democrática?

Talvez, a derrocada do dogma da judicialização e da fundamentalização seja um primeiro passo importante: reabrir o debate sobre política e princípios. Um debate que não saia da 'verdade' da prática para encerrar-se na 'verdade' das teorias, mas que, mediante a perspectiva crítica fornecida pela teoria, enfrente os problemas característicos da realidade brasileira sem ficções e idealizações.

Referências

- AUDARD, Catherine. **Cidadania e democracia de liberdade**. Tradução: Walter Valdevino. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- COHEN, Joshua. For a democratic society. *In*: FREEMAN, Samuel (Org.).NY: Cambridge **The Cambridge companion to Rawls**.University Press, 2003, p. 86-138.
- DENT. **Dicionário Rousseau**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.
- FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- O'DONELL, Guilherme. **Democracia, agência e estado**; teoria com intenção comparativa. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007, v. I.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

_____. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. The priority of right and ideas of the good. *In*: FREEMAN, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 449-472.

SIMPSON, Matthew. **Comprender Rousseau**. Petrópoles: Editora vozes, 2009.