

Introdução

A temática que ora enfocamos, a da “justiça constitucional”, há que se enfatizar, se apresenta como um dos temas centrais e mais complexos dos estudos da Teoria do Direito e do Direito Constitucional das últimas décadas, no plano internacional, e dos últimos anos, no plano nacional. A bibliografia é vasta e possui perspectivas diferenciadas caracterizando o tema como denso, estimulante e, de certo modo, inesgotável frente à importância com que este se configura como um instrumento indispensável à justiça dos homens e a persecução da consolidação e do desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Por mais que pensadores e estudiosos descrevam ou discutam a crise do Direito, no presente momento, do ponto de vista da sua legalidade – a de caráter jurídico-formal – ou da sua legitimidade – a de caráter político-substancial – há que se reconhecer, desde já, que a fundamentação da vida humana e a dos valores morais e sociais têm cada vez mais se revestido da proteção constitucional¹, demonstrando que a constituição e a sua atividade jurisdicional continuam como um plano de efetivação dos direitos e garantias individuais de maneira a assegurar legitimamente, em última instância, a força normativa, as instituições, os processos judiciais e, sobretudo, a justiça, franqueada desde Platão e Aristóteles até Rawls e Habermas a um absolutismo incontornável.

Nosso pequeno trabalho pretende investigar as teorias, ou melhor, os fundamentos das teorias, de dois pensadores que são de difícil introdução em razão da magnitude de suas obras. Os nomes, Emmanuel Kant e John Rawls, mesmo que afastados por séculos, por si só já pesam e causam embaraço. Contudo, o primeiro objetivo aqui é enfrentá-los e buscar neles o que existe de tão importante sobre os valores humanos, do ponto de vista da moral, de princípios e

¹ Esta é uma condição idealizada para os cidadãos no Estado Democrático de Direito inquestionável. Nos dias de hoje, poucas constituições deixam de cuidar dos direitos fundamentais, logo, no seus primeiros títulos, a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

da racionalidade humana.

Em primeiro lugar, devemos esclarecer o conceito que adotamos para o título do presente trabalho. Ante a importância e a complexidade do tema, é preciso observar que não há que se identificar justiça constitucional com jurisdição constitucional², isto é, à idéia instrumental do tema “controle jurisdicional da constitucionalidade das leis”, já que este representa o aspecto instrumental da função jurisdicional. Há também que se fazer a observação de que a idéia de justiça constitucional se reveste de um caráter legitimatório próprio dos valores explícitos na esfera da razão pública³ e na dimensão da moralidade, conforme o próprio Kant descrevia, de uma determinada sociedade; o que não necessariamente se apresenta sob a ótica técnica e formal da idéia de jurisdição constitucional. O que é de fundamental importância compreender é a distinção teórica que fazemos, mesmo que muito sutil, entre jurisdição e justiça constitucionais. A primeira possui um caráter jurídico-formal mais explicitado e coerente com a própria norma constitucional, ou seja, com o próprio elenco de direitos constitucionalizados, enquanto a segunda se consubstancia naqueles valores morais que poderiam ser considerados como uma vontade ou mesmo um dever constitucional, como nos fala Konrad Hesse⁴.

Não há que se duvidar, contudo, que a Constituição, como elegantemente descreve o Professor Paulo Bonavides “é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais (...)”⁵. Na verdade, o que se deseja explicitar é a noção de justiça constitucional, no plano da sua essência como guardadora de preceitos universais e inalienáveis, como sendo a realização da confluência e integração “vontade e dever”, ou seja, como se procede a uma legitimação efetiva e racional, ou mesmo procedimental, a partir das duas teorias que ora enfocamos.

Pretendemos, na verdade, demonstrar que os debates teóricos que, nos dias atuais, se apresentam sobre o tema da relação direito e moral, seja no plano epistemológico, seja no plano constitucional, dependem necessariamente de um

² Podemos buscar a origem do tema entre os alemães com a idéia da *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

³ Gostaríamos de delimitar a idéia de “razão pública” sob a perspectiva da teoria de John Rawls: justiça como equidade apresentada em *A Theory of Justice*, 1971.

⁴ HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, p. 19.

⁵ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). São Paulo. *Estudos Avançados* 18 (51), 2004, págs 127-150, p. 127.

reconhecimento de teses, como as de Kant e Rawls de que a moral, pautada por seus valores ontológicos, representa uma essência humana intransponível e que de alguma maneira é preciso “dominá-la” via razão prática.

Logo, como primeiro objetivo desta pesquisa, tentaremos levantar os fundamentos básicos das respectivas teorias de Kant e de Rawls. Como segundo objetivo, buscaremos demonstrar a correlação entre as teorias de Kant e Rawls no que diz respeito à razão prática. Gostaríamos ainda de mostrar que existe uma “tendência”, mesmo que muito sutil, em se resgatar alguns destes conceitos mais abstratos de Kant e Rawls, os metafísicos, como a noção do “dever” e do “imperativo categórico” nas teorias constitucionais da vertente norte-americana, em particular, a de Lawrence Sager.

A primeira parte deste trabalho será dedicada à teoria de Kant, em que buscamos situar o seu compromisso teórico com uma racionalidade prática na dimensão do homem, relacionada às liberdades internas e externas, ou seja, no plano da moral e da política e do direito. Veremos que Kant estabelece uma estreita relação entre princípios da moral e princípios de justiça, demonstrando que é impossível construir uma racionalidade jurídica sem que haja por detrás uma moralidade universal.

A segunda parte tratará especificamente da teoria de Rawls, dando-se a ela uma maior ênfase já que o pensador é um dos mais notáveis neo-kantianos de nossa época e procurou resolver as questões metafísicas propostas por Kant por meio da conciliação entre moral e política. Dedicamos a este autor a maior parte do trabalho buscando, exatamente, mostrar o quanto da aplicabilidade da razão prática é de difícil solução quando lidamos com a pluralidade de valores sociais, as conhecidas “doutrinas abrangentes” por ele apontadas como grande desafio para a configuração de princípios universais de justiça. Neste tocante, enfocamos, em particular, três das dimensões de sua teoria: a posição original, os princípios e a noção de contrato. Chamo a atenção do leitor que a exposição sobre a teoria de Rawls é dedicada sobretudo ao pensador de *A Theory of Justice* porque acreditamos que ali estão verdadeiramente os conceitos basilares sobre a sua proposta de justiça como equidade. Poderíamos ter dado mais atenção a sua revisão teórica no *Liberalismo*, contudo achamos que os seus fundamentos essenciais encontram-se em *Teoria*. Usamos como referência os princípios de justiça de Rawls na versão do *Liberalismo* por razões de pesquisa.

Na terceira parte do presente estudo, apresentamos de maneira muito sucinta, algumas teorias constitucionais no direito norte americano, a de Anthony Sebok, a de Stephen Griffin e a Lawrence Sager, como exemplos de uma aproximação entre teorias constitucionais atuais e fundamentações filosóficas. Pretendemos focar o quanto tais teorias discutem temas sobre os valores e a sua adequação às formas constitucionais de efetivação de direitos. A tarefa aqui não é fácil: transportar conceitos de filosofia política para a discussão sobre o constitucionalismo; contudo, firmamos o propósito de tentar construir um trabalho interdisciplinar provocando o leitor a questionamentos sobre as tendências sobre a discussão dos valores morais na dimensão constitucional.

A metodologia que adotamos foi a de uma investigação analítica, isto é, mais atenta aos aspectos estruturais das teorias, sem nos preocuparmos tanto com a contextualização temática, destacando, com certeza, as categorias mais importantes dos autores. A pesquisa é eminentemente teórica, a partir de leitura dos originais e da crítica especializada.

E por fim, o objetivo principal desta pesquisa é projetar os conceitos ou categorias fundamentais em Kant e em Rawls no debate atual sobre constitucionalismo. Propomo-nos, portanto, a uma tentativa de articular filosofia política com teoria constitucional.