

JUSTIÇA COMO ELEMENTO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

JUSTICE AS AN ELEMENT OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM

Clóvis Alberto Volpe Filho

Mestre e Doutor em Direito Constitucional; Especialista em Ciências Criminais;
Professor Universitário na Faculdade de Direito de Franca. Advogado.
E-mail: clovisvolpe@hotmail.com

José Antonio de Faria Martos

Doutor em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (1993). Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Franca (1983). Foi professor da Universidade de Ribeirão Preto . Foi professor, e Diretor do Curso de Direito da UNIVERSIDADE DE FRANCA. Atualmente é Professor Titular da FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA. É coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA. É advogado.
E-mail: joseantoniomartos@gmail.com

Recebido em: 16/03/2021

Aprovado em: 19/07/2021

RESUMO: No constitucionalismo contemporâneo os ideais de justiça foram substancializados por meio de normas; assim, o presente artigo tenta fortalecer a importância do papel dos ideais de justiça dentro do atual constitucionalismo. Será demonstrado que normatização de ideais de justiça à luz do constitucionalismo contemporâneo se deu a partir da normatização dos direitos fundamentais. Com efeito, a Constituição passou a ser o instrumento que possibilitou a mudança, já que passou a existir uma confiança nesta Lei Maior, reconhecendo nela catálogos de direitos invioláveis e de princípios de justiça inderrogáveis, e prevendo ela mecanismos e órgãos de garantias. Entender a Constituição como reserva de justiça é possibilitar uma maior abrangência e um maior fortalecimento dos direitos fundamentais, já que se buscará demonstrar que os direitos fundamentais (abrangendo também os ideais democráticos) representam a justiça dentro da ordem jurídica brasileira.

Palavras-chave: Ideais de Justiça. Normatização da Justiça. Direitos Fundamentais. Justiça Sistêmica.

ABSTRACT: In contemporary constitutionalism the ideals of justice were substantiated through norms; Thus, the present article attempts to strengthen the importance of the role of ideals of justice within current constitutionalism. It will be shown that the standardization of ideals of justice in the light of contemporary constitutionalism was based on the standardization of fundamental rights. In fact, the Constitution became the instrument that made change possible, as there was confidence in this Major Law, recognizing in it catalogs of inviolable rights and non-derogable principles of justice, and providing for mechanisms and organs of guarantees. To understand the Constitution as

a reserve of justice is to enable a broader and stronger strengthening of fundamental rights, as it will seek to demonstrate that fundamental rights (including democratic ideals) represent justice within the Brazilian legal order.

Keywords: Ideals of Justice. Standardization of Justice. Fundamental Rights. Systemic Justice.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Polissemia necessária. 2 Justiça Constitucionalizada na Visão de Gustavo Zagrebelsky. 3 Conceito Sistêmico de Justiça. 4 Constituição como Reserva de Justiça: Direitos Fundamentais e Democracia como Elementos do Conceito de Justiça no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A necessidade de se analisar a ideia de justiça na ordem posta se faz presente a partir do momento que se assume, conforme expresso por Canotilho de forma expressa e irrenunciável, que a Constituição Brasileira de 1988 é a reserva de justiça. No entanto, considera-se imprescindível delinear um caminho que consiga sustentar tal assertiva, para que não fique rotulada de subjetivismo aleatório, caindo em um vazio cognitivo.

A afirmação de que a Constituição é a reserva de justiça está longe de ser mero exercício de retórica, mas sim um elemento importante na construção normativa dos direitos fundamentais, como será apreciado ao longo deste estudo.

A premissa que a Constituição é a reserva de justiça da ordem brasileira impõem a seguinte problemática a ser enfrentada pelo artigo: o que é essa justiça cercada, captada, emoldurada pelo texto constitucional?

Não se trata, portanto, de uma análise exclusivamente filosófica da concepção de justiça, mas tendencialmente política/jurídica, na medida em que a Carta Magna promulgada na década de oitenta é um documento formal e materialmente construído com inspirações de valores de justiça.

Desta forma, utilizar-se-á o método hipotético dedutivo para investigar os ideais de justiça da nossa Constituição a partir dos direitos fundamentais.

1 POLISSEMIA NECESSÁRIA

A abordagem do tema justiça abrange diversas dimensões, recebendo em cada uma delas conceitos díspares. Alguns questionam a fluidez desse significante, impondo-lhe a pecha de inseguro e impreciso. No entanto, é preciso reconhecer o quão importante é essa natureza líquida e mutativa do conceito de justiça, a bem da própria evolução do ser humano enquanto ser vivente em sociedade. Seja na filosofia, seja nas ciências jurídicas, é justamente o seu caráter polissêmico que possibilitou a evolução do conteúdo, e conseqüentemente, um andar mais crescente da humanidade. E mais: fatores como tempo e espaço auxiliam na construção polissêmica, sendo impossível impor um conceito fechado quando os séculos distanciam as pessoas e a cultura se diferencia no espaço.

Inexiste qualquer tipo de resistência a esse aspecto plurivalente da palavra justiça; ao contrário, entende-se que também em razão disso foi possível caminhar rumo a uma construção mais adequada à condição humana. E justamente por ser a pergunta “O que é justiça?” a questão mais passionadamente discutida entre todos os grandes filósofos e juristas, que Hans Kelsen afirma que o homem nunca encontrará para ela uma resposta definitiva, devendo apenas tentar formular melhor a pergunta (KELSEN, 2001, p. 1).

Calha a lembrança da frase de Fernando Birri, a qual foi imortalizada por Eduardo Galeano em sua obra *Las palabras andantes*: “*Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos.*”

Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar.” (GALEANO, 2001. p. 230). Ou, parodiando Birri, para que serve a tentativa de definir justiça? Para que a humanidade continue a caminhar.

Para o correto desenvolvimento do trabalho e a bem da correta comunicação, a qual pode ser dificultada pela amplidão semântica do termo, necessário e prudente definir uma linha conceitual sobre justiça.

2 JUSTIÇA CONSTITUCIONALIZADA NA VISÃO DE GUSTAVO ZAGREBELSKY

É extremamente comum ver-se abordagem sobre a vagueza e imprecisão do conceito de justiça; trata-se de uma palavra que percorre a história à procura de um porto seguro semântico. Em razão disso, não se pode buscar neste trabalho alguma inovação ou algum estudo aprofundado sobre uma Teoria da Justiça, mas apenas uma linha harmônica dentre as várias concepções apresentadas ao longo do século, e que se revela condizente com o Direito Constitucional do Brasil.

O significante “justiça” compreende uma série de significados; tais significados advêm de um tipo diferente de perspectiva. Primeiramente, o significante aqui utilizado não se relaciona com Justiça enquanto Instituição, enquanto Poder Estatal. Portanto, tem-se o primeiro fator delimitador.

A partir dessa delimitação abre-se um vasto campo, pois a justiça enquanto valor é infinitamente mais complexa do que aquela relacionada ao Poder Estatal. Assim, tem-se por certo que o conceito de justiça, enquanto valor, possui variações a depender do campo analisado, seja na ética, na sociologia, na política, na teologia ou nas ciências jurídicas. E mesmo que se defina o campo, esse não permanece fechado às outras áreas e muito menos limitado em termos quantitativos.

Dá a razão de Chaïm Perelman (PERALMAN, 2000, p. 9), na sua obra *Ética e Direito*, ter listado diferentes sentidos da noção de justiça, extraindo um substrato comum – a igualdade, que o conduz ao conceito de justiça formal ou abstrata: a) a cada qual a mesma coisa; b) a cada qual segundo seus méritos; c) a cada qual segundo suas obras; d) a cada qual segundo suas necessidades; e) a cada qual segundo sua posição; f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Não se quer explorar lenta e profundamente os campos das reflexões filosóficas e jurídicas sobre justiça, todavia, é imprescindível se apoiar em um referencial teórico que consiga sustentar a tese de ser a Constituição a reserva de justiça. Por isso, é de suma importância fixar alguns limites da teoria da justiça que se buscará arrimo. Em primeiro lugar, deve existir uma pretensão normativa e condições de reprodução dessa normatividade em cada sociedade (HONNETH, 2015, p. 21).

Ademais, busca-se uma relação normativa preexistente, não sendo o objetivo deste trabalho a pretensão de formular um conceito de justiça imanente. Em suma, há uma linha comum, qual seja: a institucionalização da justiça pelo direito, mas precisamente, pela Constituição.

A obra de Gustavo Zagrebelsky cumpre esse papel, pois é repleta de estudos sobre o tema, sendo certo que o autor italiano afasta a possibilidade de existir uma justiça absoluta e universal. Na justiça, os critérios absolutos são todos sem conteúdo; se eles são absolutos, eles estão vazios; se estivessem cheios, seriam relativos; eles valeriam para uns, mas não necessariamente para os outros (ZAGREBELSKY, 2009, p. 51).

As revoluções que sempre erguem bastiões de justiça são exemplos da relatividade do conceito, já que por trás do apelo aos mais altos valores universais, é fácil encontrar a mais implacável das lutas; quanto mais puros e sublimes são esses valores, mais terríveis são os excessos justificados pelos valores (ZAGREBELSKY, 2009, p. 51). Assim, tenta o autor se apoiar em critérios que fogem da zona comum, para buscar o conceito de justiça.

Na busca de um conceito de justiça, Zagrebelsky modifica o ângulo da pesquisa, passando a afirmar que não se deve buscar uma ideia de justiça, mas a percepção de um sentimento, um

sentimento de justiça, sendo que esse sentimento se relaciona não à justiça, mas à rejeição da injustiça (ZAGREBELSKY, 2009, p. 63).

Segundo o autor, a justiça é a outra face da força. Tudo pode ser visto de dois lados, o lado do poder e o lado de quem está submisso ao poder. Citando o Livro Eclesiastes, afirma que: “Certamente, não há um homem justo sob o sol que, fazendo o bem, também não fizesse o mal” (ZAGREBELSKY, 2009, p. 80).

No que diz respeito à questão entre a lei e a justiça, a doutrina de Gustavo Zagrebelsky fornece um padrão de resposta, defendendo a tese de que a natureza do direito é bifronte, inexistindo o dualismo substância e forma entre leis e costumes. Afirma que a polaridade envolvendo forma e substância não é uma complicação que deva ser simplificada, ou defeito que deva ser corrigido; é sim um dado constitutivo que se deve conhecer e um valor que se deve preservar. Quando deixa de existir essa tensão, quando se perde a forma ou a substância, a sociedade está em perigo, e o sistema jurídico e o político podem se transformar em máquinas letais (ZAGREBELSKY, 2014, p. 22).

A fim de comprovar a nocividade da exclusão da forma, ou da substância, o autor relata que um dos principais fatores da ascensão do partido nacional socialista na Alemanha foi o argumento de que a lei não tinha conteúdo, se adequando a qualquer coisa, o que fez florescer a ideia do direito substancial preexistente, valorizando o povo alemão. Ou seja, a base da expressão jurídica do início do nazismo era o combate ao formalismo e o fortalecimento ao substancialismo; no entanto, a história mostrou que com o tempo, os polos se inverteram. A manutenção do totalitarismo buscou assento no formalismo, passando ser o direito desatrelado da sua matéria, encarado como um mero revestimento formal do poder. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a expressão jurídica do totalitarismo estava arraigada no formalismo, e a democracia no substancialismo (ZAGREBELSKY, 2014, pp. 18-20).

Dá a razão de Zagrebelsky defender a ideia de um direito bifronte, fundado em uma dualidade intrínseca: forma e substância. Essa dualidade é geradora de uma tensão e corresponde a mesma tensão entre poder e justiça, sendo a lei a formalização do poder (força), e o direito abrange essa forma (lei) com algo material, que é a justiça (expectativas de justiça), denominada pelo autor de convicções. O direito, assim, é forma e substância, é força e justiça.

O equilíbrio dessa tensão deve ser regulado pela própria natureza da lei, sendo um absurdo inconcebível uma lei que se mostrasse, *ab initio*, intencionada a injustiças. A lei, para ser tal, deve ter uma relação constitutiva com a justiça (ZAGREBELSKY, 2014, p. 24).

Todavia, não se trata de uma justiça absoluta, uma única ideia de justiça, fonte excludente de todas as outras possibilidades. O conceito de justiça nasce, muda, se extingue e é substituído por outro conceito de acordo com as mudanças culturais. Se a lei dependesse de uma justiça absoluta entraria em cena o direito natural, que, além de perigoso, não consegue lidar com uma sociedade pluralista. Do mesmo modo, uma concepção formal de justiça (como a de Ulpiano) é vazia de conteúdo, capaz de direcionar toda e qualquer decisão, inclusive que é justo dar aos judeus um campo de extermínio. Tudo pode parecer belo, justo e bom segundo a época, o lugar e a cultura. Por isso, a justiça deve ter como referencial um ponto de vista interno, tratando-se de um conceito histórico e concreto da justiça que reflita contemporaneamente os grandes ideais e aspirações da humanidade acerca da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sem uma definição abstrata sobre estes valores, na medida em que existe uma força intrínseca de várias ideologias desenvolvidas com base em experiências sociais concretas (ZAGREBELSKY, 2014, pp. 28-30).

Há, no direito, uma “*relación de justedad*” (relação de justiça), que nada mais é do que a própria relação da lei com o ponto de vista interno do conceito de justiça, ou seja, a lei deve ter uma relação direta com a construção da acepção de justiça histórica e socialmente formulada (ZAGREBELSKY, 2014, p. 30).

Así pues, la ley y su justedad. La justicia absoluta rebasa los límites de las posibilidades del derecho dado por los hombres, y em las sociedades pluralistas basadas en la libertad, sería incluso peligroso apelar a alguna de sus nociones. Pero una ley que no tendiese a la “justedad” sería algo no solo injustificable y absurdo, sino también contradictorio com su própria naturaliza. Es decir, no sería un vínculo social sino una amenaza disgregadora que produciría violencia y provocaria violência (ZAGREBELSKY, 2014, p. 31).

É inseparável a razão de justiça da lei, pois, complementando, as ordens emanadas da lei têm a pretensão de serem fontes emanadoras do correto, do bom, do justo, ainda que sejam flagrantemente injustas aos olhos de todos, de muitos ou de alguns. Extrai-se que a ideia fundante do autor é estabelecer um “equilíbrio instável” na relação entre lei e justiça, para que disso resulte o direito. A função da lei é transformar a justiça em força, em poder. E a função da justiça é evitar que a lei seja tirânica. Ambas, portanto, são elementos do direito.

Em Antígona, de Sófocles, é possível encontrar ambas as realidades dispostas nessa tragédia secular: lei, representada por Creonte, e o direito (razão de justiça) representado por Antígona. É preciso considerar o direito do ponto de vista da lei, e a lei do ponto de vista do direito (ZAGREBELSKY, 2014, p. 62). A pergunta “prefere a ordem à justiça?” (GRAU, 2013. p. 17); não tem sentido em Zagrebelsky, pois ordem e justiça caminham unidas, vinculadas.

O esvaziamento da relação de justeza na concepção da lei foi a derrota de Antígona, tornando-se a lei um instrumento poderoso, mas cego (ZAGREBELSKY, 2014. p. 72). Há, segundo o autor, um crescente niilismo jurídico, indicando a indiferença da forma para com a substância e a identificação do direito com a lei, entendida como mera técnica jurídica (ZAGREBELSKY, 2014. p. 79).

Zagrebelsky, por razão de coerência com sua doutrina, defende a impossibilidade de regimes autoritários e ditatoriais serem reconhecidos como Estado de Direito, criticando autores, como Hans Kelsen, que possibilitam essa associação (ZAGREBELSKY, 2014. pp. 84-92). O direito não pode ser simplesmente força em forma de lei, pois se assim fosse haveria liberdade para qualquer arbitrariedade, deixando de ser um Estado de Direito para ser um Estado de Delito (ZAGREBELSKY, 2014. p. 88). Para este autor, a doutrina de Kelsen, que possibilita a construção de Estado de Direito dentro de regime totalitário, não é pura, pois tudo absorve, sendo na verdade, a castração do direito (ZAGREBELSKY, 2014. p. 93).

O autor atribui um conteúdo supraindividual ao Estado de Direito (ZAGREBELSKY, 2014. p. 107), sendo a Constituição o ponto de apoio, já que experiências históricas demonstraram a impotência da lei e da democracia. A Constituição deve, dentro do constitucionalismo, converter-se em direito (*ius*), deixando de ser apenas lei (*lex*). (ZAGREBELSKY, 2014. p. 109). Seria a vitória, por meio do constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial, de Antígona (representando o direito – substância) sobre Creonte (representando a lei – forma).

A Constituição, segundo a visão do autor italiano, é uma norma constitutiva duradoura, advinda de uma convenção, que legitima a inclusão e exclusão de determinadas matérias e valores, por meio de um compromisso que permite uma autonomia social dentro de uma sociedade pluralista, possuindo um mínimo denominador comum (dignidade da pessoa humana, direitos individuais e sociais invioláveis, igualdade, democracia, laicidade, etc) (ZAGREBELSKY, 2014. pp. 113-133).

A Constituição é força originária, pois como norma convencional de autonomia social, inexistente força anterior; no entanto, as leis são derivadas, oriundas da força original (Constituição), sendo esta autônoma e aquelas heterônomas, para justamente conseguir manter a força sem perder o conteúdo.

O autor foge da doutrina contratualista, para fixar uma doutrina convencionalista, afirmando que convenção é diferente de contrato, na medida em que este está sempre vinculado à possibilidade de se recorrer a um terceiro para impor as obrigações ali contidas, enquanto na

convenção inexistente capacidade de coerção. As convenções consistem nas expectativas estáveis graças à reciprocidade, com base na previsão da reação de outros no âmbito de um cálculo de utilidade (ZAGREBELSKY, 2014. p. 131).

Resumidamente, e valendo-se das palavras do autor: a Constituição é a forma de convivência, a lei é a forma de força; a Constituição indica os limites da inclusão e exclusão da vida constitucional, a lei é a expressão desta vida; a Constituição é uma norma de compromisso que medeia entre as forças incluídas na Constituição, a lei é uma decisão que escolhe entre as oportunidades aceitas pelo compromisso; a Constituição é uma norma que aspira a durar, a lei é uma norma fugaz que depende das circunstâncias; a Constituição é uma norma que expressa autonomia, a lei expressa a existência de outra norma superior (ZAGREBELSKY, 2014. p. 134).

Dessa forma, essa constitucionalização de direitos encontrou um ponto crucial, qual seja, a confluência de direitos orientados à liberdade e direitos orientados à justiça, duas tradições distintas sobre os direitos e nem sempre facilmente conciliáveis. Portanto, a Constituição passou a ter um caráter composto, um ordenamento de liberdade somado a um ordenamento de justiça.

3 CONCEITO SISTÊMICO DE JUSTIÇA

Há uma definição clara da justiça que se pretende abordar: justiça institucionalizada por um sistema normativo. Assim, ainda que seja de vital importância a construção teórica da teoria da justiça em uma concepção filosófica, a estruturação das normas de direitos fundamentais fica adstrita à concepção sistêmica e equitativa da justiça. É dizer: a pretensão é descrever a justiça da ordem constitucional brasileira, e não prescrever qual deveria ser.

O primeiro ponto é entender que não existe justiça universal e absoluta. A universalidade e o absolutismo somente podem existir dentro de uma ordem, não abarcando todas as ordens possíveis. Portanto, a ciência do direito pode ser justa e injusta, dependendo do critério de comparação; mas, ao fixar uma unidade de coerência para a regulamentação de condutas e órgãos, a justiça daquela ordem passa a ser o referencial. Todas as normas de imputação são normas que admitem um conteúdo de justiça, segundo a unidade da ordem estabelecida.

A alegação de Zagrebelsky de que somente é direito quando houver relação de justiça, não se mostra sustentável sob a ótica da teoria do direito, mas é correta sob o enfoque do constitucionalismo.

Com efeito, o parâmetro de justiça para definir se o direito é direito é sempre externo, independente do critério e da justificativa. Se o parâmetro é sempre externo (direitos humanos naturais, por exemplo) o direito não deixa de ser direito se for considerado injusto pelo participante ou pelo observador. Se somente é direito se for justo, assume o compromisso de definir justiça de acordo com critérios anteriores à criação do próprio direito, já que tem a justiça como elemento. Sendo elemento, antecede; antecedendo, já nasce fora do próprio direito e é incorporado para que este o origine. Logo, a justiça do direito é um fator externamente captado para que se tenha o direito.

No entanto, ao defender que existe direito justo e injusto somente se faz em virtude de se reconhecer a impossibilidade da justiça puramente metafísica ser elemento do direito, sendo apenas critério de avaliação do direito; justiça do direito é criada pelo próprio direito, ainda que com inspirações na justiça metafísica; a justiça deixa de ser elemento e passa a ser resultado de criação da ordem jurídica; a justiça deixa de ser externa e passa a ser interna. Neste contexto, o conceito de justiça de uma ordem jurídica somente é possível após a criação da ordem, e não de forma prévia. Nas palavras de Derrida, “na instituição do direito, o problema da justiça é violentamente resolvido, quer dizer, enterrado, dissimulado” (DERRIDA, 2010. p. 39).

Robert Alexy alega que é uma contradição uma norma que diga que o Estado X é uma República Federativa injusta. E que, portanto, esta norma não seria direito, faltando a pretensão à correção. No entender deste estudo, a norma em questão é direito. A injustiça mencionada na

hipotética norma pode ser o interesse daquele que detém o poder de emanção da norma; a injustiça ali prevista pode ser uma injustiça de Trasímaco, que é a vantagem do mais forte; a injustiça ali prevista pode ser justiça para critérios externos.

A norma de direito tem uma pretensão de utilidade (não no sentido utilitarista benthamiana, prevendo uma felicidade para o maior número de pessoas, nem mesmo se equipara à regra *maximin* rawlsiana, que tende a maximizar a parte mínima numa situação de partilha social, como bem descreveu Paul Ricoeur) (RICOEUR, 2008. p. 66); que é conduzir uma dada relação da melhor maneira, ainda que essa melhor maneira seja apenas para um (Rei ou Ditador) ou para um grupo (Burguesia ou Aristocracia). A norma é um molde, um modelo a ser utilizado como parâmetro de decisões (cotidianas ou institucionais de julgamento), e a utilidade é elemento do molde, da norma, sendo inimaginável, dentro do campo racional, falar em direito sem pressupor direcionamento, instituição, declaração, constituição, comando, regulação, orientação, consequência, sanção, etc., por meio de enunciados linguísticos. Ao fixar uma norma jurídica, a pretensão da autoridade é que a norma seja útil a um determinado fim, na concepção instrumental do direito e funcional da norma. Esse fim esgota-se em si mesmo para o campo jurídico, pouco importando se é bom, mau, certo, errado, justo ou injusto. A utilidade da norma deve atender, *a priori*, o interesse de alguém (indivíduo ou grupo), face à suposta melhoria que causará (mesmo que seja essa “melhoria” um genocídio ou um privilégio para uma família).

Quando se elabora uma norma jurídica, a única pretensão é que seja jurídica, que regule uma relação, ainda que de maneira injusta para os demais.

O que pretende aquele que faz normas jurídicas? Que sejam jurídicas. Se pretendesse fazer um epitáfio para uma tumba, faria um epitáfio para uma tumba, em conformidade com as regras e os modos de criação de epitáfios [...]. Mas por que não posso dizer que esse sistema jurídico é (plenamente) jurídico e injusto ou que essa norma jurídica é (plenamente) jurídica e injusta, ao invés de ter que assumir o risco e defender que tal sistema jurídico ou tal norma jurídica não são sistema e norma jurídicos ou o são de modo defeituoso? A resposta mais provável é porque não quero que minha moral perca em nenhuma situação frente a outros sistemas normativos, sejam sistemas morais ou sistemas e normas jurídicas. Possivelmente o problema seja de poder e então talvez a Psicologia e a Teoria Política devam tratá-lo, cada um mediante sua perspectiva. A Teoria do Direito, neste ponto, não avança mais (GARCÍA AMADO, 2012, pp. 83-123).

A classificação de uma pedra por um geólogo pode resultar no conhecimento de que se trata de um quartzo, no entanto, não caberia a esse profissional afirmar que, de tão feia a pedra, embora seja quartzo, seja retirada dessa classificação. Indo além, esse profissional também não poderia dizer que considera aquela pedra quartzo desde que não seja usada para fins imorais, como por exemplo, matar uma pessoa com a pedra (GARCÍA AMADO, 2012). A norma, objeto da ciência jurídica, não deixa de ser norma se alguém julgar seu conteúdo imoral ou ainda considerar que embora tenha conteúdo moral, abstratamente, for aplicada para fins imorais. As palavras de Garcia Amado reforçam a tese aqui explanada, de que existe direito mesmo se houver conteúdo imoral na norma.

Isso conduz a outra objeção, relacionada à argumentação de Zagrebelsky, quando afirma que o direito não pode ser simplesmente força em forma de lei, e a doutrina de Kelsen, que possibilita a construção de Estado de Direito dentro de regime totalitário, não é pura, pois tudo absorve, sendo na verdade, a castração do direito.

Primeiramente, a doutrina de Kelsen realmente tudo absorve, inclusive a concepção de Zagrebelsky sobre justiça, a ponto de este autor dizer que direito só o é se houver a justiça que ele define, ainda que racionalmente. E em segundo lugar, tem-se que Hans Kelsen em nenhum momento desvinculou direito de justiça ou moral, apenas possibilitou que o direito tivesse uma

acepção pura enquanto ciência. A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência do direito não tem de aprovar ou desaprovar moralmente o seu objeto, mas apenas o conhecer e descrever (KELSEN, 1979. p. 106). Há conteúdos morais e justos no direito, como também imorais e injustos, mas tal conclusão não é um dado que já existe, bastando ser localizado por alguém que seja o guardião da moral e da justiça. A resposta sobre a justiça e injustiça do direito depende da correlação feita entre as normas jurídicas com um determinado sistema que pauta a decisão sobre justiça e injustiça. Concluindo, uma norma jurídica pode ser justa à luz do comunismo e injusta perante o capitalismo; imoral aos olhos de um cristão e moral de acordo com o islã.

Realmente o direito aqui delineado é uma forma vazia apta a receber todo conteúdo; realmente este ponto é criticável, mas, aqueles que criticam fornecem seu próprio conteúdo, e por mais que tentem desvincular a subjetividade, preenchem o direito com aquilo que consideram o mais justo, ou pelo menos um mínimo de justiça. Esta discussão sobre o conteúdo moral do direito é que permite o evoluir do direito, porém, é anterior ao direito, não sendo elemento do direito. A estrutura kelseniana é justa, na medida em que acomoda várias perspectivas e admite a existência social de diferentes posições e narrativas (MORRISON, 2012. p. 460). A convivência democrática possibilita não aceitar o conteúdo do direito por considerá-lo injusto, mas impede você de ignorar que é direito. Se alguém (ou muitos) analisa uma regra legal e fica convencido que é grosseiramente injusta, tentará dentro dos limites mudá-la, mas não poderá dizer que essa norma legal, injusta, não é legal (GARCÍA AMADO, 2012).

Ilustrativamente, pode-se imaginar uma pandemia devastadora, matando metade da população de um país, deixando boa parte com a saúde debilitada e uma pequena sã e salva. A doença é incurável e transmissível. Como resistiria o conteúdo tido como justo na nova ordem que seria estabelecida? A igualdade teria o mesmo conteúdo? A liberdade seria definida de que forma? A saúde? A segurança? A democracia? O direito é um instrumento, e que seria utilizado nessa nova realidade com um conteúdo distinto, mas sempre para alcance de um fim, e sempre dentro de um contexto social. Não é possível explicitar qual conteúdo todo direito precisa ter para ser direito, mas é possível dizer que sempre será discutido se o conteúdo é correto ou incorreto, justo ou injusto, bom ou mau. Tenta-se somente sustentar que essa discussão valorativa é sempre anterior ou posterior à criação da norma jurídica, pois a norma em si, em seu âmago e dentro da visão sistêmica, define o que é justiça.

A justiça sistêmica do direito, nesta trincheira, é aquela criada pela ordem, de acordo com determinados critérios (legitimadores), com o objetivo de proporcionar utilidade nas relações que serão reguladas pelas normas jurídicas. O conceito de utilidade se relaciona com pretensão ao melhor, sendo o melhor um conceito aberto, preenchido de acordo com a vontade do poder que é a fonte emanadora das normas. Por isso, que é impossível atribuir um conceito fechado de justiça sistêmica, o qual somente será possível com base em uma ordem posta. Não se busca discutir a (des)legitimidade da fonte de poder que emanou a norma, sendo este um campo distinto do ora discutido; pretende-se, unicamente, afirmar que o direito é um sistema que possibilita o preenchimento do seu conteúdo por aquele que detém o poder.

Não é possível um direcionamento prévio ao termo utilidade, para apontar o que é ou não é útil. A utilidade é uma concepção a ser atribuída pelo poder legitimado, com total assepsia moral, e dentro de determinados contextos sociais. A sanção ou o prêmio, eventuais consequências da imputação normativa, conferem um caráter de utilidade ao comando, e não de simples direito de ser punido ou de ser beneficiado. “Pois aquele que é punido não merece a punição: é apenas usado como meio para desencorajar futuramente certas ações; também aquele que é premiado não merece o prêmio: ele não podia agir de outro modo. O prêmio tem apenas o sentido, portanto, de um encorajamento para ele e para outros, a fim de proporcionar um motivo para ações futuras” (NIETZSCHE, 2000, p.105).

A lei, a norma, tem um papel instrumental, mas que confere segurança aos cidadãos, colocando um marco entre as escolhas valorativas que poderiam ser feitas. A contradição e a falibilidade humana são fatores determinantes para a institucionalização da justiça pela lei (VOLPE FILHO, 2016. pp. 249-266). A utilização da palavra justiça deve, dentro do campo jurídico, estar delimitada em uma dimensão, sob pena de ser impossível um fechamento na comunicação. O positivismo tem a função de estabelecer, por meio de normas, qual a regulação para determinado caso; essa regulação normativa será direito independentemente de o conteúdo ser avaliado como perverso ou imoral. Assim, existe justiça sistêmica quando as normas forem criadas dentro das regras formais e materiais do próprio ordenamento. Colocar conteúdo imoral no direito não retira a característica de direito. As normas legais deixam de ser legais quando são colocadas a serviço do mal, da imoralidade? García Amado responde que, se restar afirmado que um direito que não cumpre tais funções específicas deixa de ser tal, deve-se reconhecer que o que geralmente é entendido como o direito de muitos países ou Estados não é um direito verdadeiro, mas algo distinto. Deve-se, então, concordar com o nome dessa outra coisa, seja força bruta, arbitrariedade, ou dominação, e, ao mesmo tempo, deve-se considerar uma estratégia para que as pessoas, tanto as do próprio país como a dos outros, deixem de chamar o "direito" desse Estado para as regras que não são legais porque não têm essa função moral em seu conteúdo. Uma quimera, tanto linguística quanto prática ou comunicativa (GARCÍA AMADO, 2012).

Ainda de acordo com García Amado, o que o antipositivismo faz é adicionar uma propriedade moral constitutiva e definitiva à norma jurídica. Para os antipositivos, entre as propriedades constitutivas e definidoras da regra jurídica é que seu conteúdo não pode ser imoral ou fortemente imoral. Consequentemente, a norma legal ou o objeto que parece inicialmente não será realmente uma regra legal se não tiver essa propriedade, se não cumprir essa condição. Em verdade, o que o antipositivismo defende é uma hierarquia superior da moral sobre a lei, uma vez que isso pode condicionar os conteúdos disso, mas não o contrário (GARCÍA AMADO, 2012).

O que o positivismo de um Estado Democrático objetiva é possibilitar que cada pessoa ou grupo possa ter sua opinião sobre a melhor forma de conduzir a vida individual ou social, mas não está em sua mão determinar o conteúdo das regulações, e sim do legitimado a construir o direito, o qual institucionaliza a justiça de acordo com o sistema jurídico.

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico (BOBBIO, 2008. p. 23), assim, ao comparar as normas do sistema posto com a ideia de justiça metafísica é possível concluir, participante ou observador, pouco importa, que são normas justas ou injustas, tornado o sistema relativo a partir de critério externo. No entanto, internamente o sistema é justo, no sentido de preservar coerência entre o poder e a norma posta. Justiça sistêmica é poder, legitimidade e forma; o conteúdo é justo pela observância da forma ao poder legítimo, ou pela observância do poder legítimo à forma. Importa destacar que essa justiça com base em um sistema, somente é concebida abstratamente, no campo do enunciado normativo e do sentido desse enunciado.

Este ponto deve ser compreendido da seguinte forma: a validade da norma (existência jurídica da norma de acordo com o sistema) é caracterizada no campo ontológico, porém, esta norma não é um dado da natureza, tem uma razão de ser racionalmente perseguida (utilidade), daí a aproximação da validade com a justiça da norma. A norma válida persegue um fim que tem aspirações (des)valorativas precedentes, mas que a normatização retirou do campo metafísico para serem introduzidas em um sistema próprio.

A obediência dos cidadãos às normas relaciona-se com a eficácia, e não com a justiça sistêmica. O fato de a norma existir enquanto norma jurídica (e ter aspirações de utilidade) não significa que ela também seja constantemente seguida (BOBBIO, 2008. p. 28).

Ingressando na seara empírica, que corresponderá à aplicação da norma ao fato ocorrido, a justiça não é mais sistêmica, e sim equitativa. A dimensão equitativa é a interpretação e aplicação

da norma, sendo a justiça sistêmica (conteúdo legitimamente emanado de um poder legitimado) uma das fontes para interpretação/aplicação da norma, mas não a única.

A norma requer sempre interpretação/aplicação para produzir efeitos, e por outro lado, a aplicação requer da norma segurança e validade. Nessa relação entre norma abstrata e sua interpretação/aplicação tem-se a realização do direito – *fuorza de la ley e fuorza de derecho están necesariamente relacionadas entre sí*. A força do direito mencionada por Kaufmann pode ser entendida como a dimensão concreta da norma (KAUFMANN, 2002. p. 245).

A forma como será interpretada a lei, declarativa ou constitutiva, encontra-se na fase da justiça equitativa, o que induz na afirmação que: a dimensão equitativa é também decisional, e para alguns, a decisão justa para ser justa, há de ser conforme a uma lei preexistente, que deve estar de acordo com outro padrão (moral, por exemplo) (GRAU, 2013. p. 118).

A (suposta) superação do positivismo kelseniano é vista justamente pela (re)aproximação entre a justiça metafísica e a justiça sistêmica, nos sistemas jurídicos ocidentais e Pós-Segunda Guerra, ocasionada mediante princípios. Uma teoria representa bem essa abordagem da justiça sistêmica: a de Dworkin, quando aborda leitura moral da Constituição.

A teoria de Dworkin tem forte conexão com essa linha pós-positivista. Já nas primeiras linhas da obra “O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição”, o autor americano propõe que, em razão da categoria abstrata dos princípios, seja feita uma leitura moral pelos *players* do sistema jurídico, interpretando e aplicando esses dispositivos abertos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e de justiça. A leitura moral, que também pode ser denominada de leitura justa, insere valores morais no próprio âmago do direito constitucional, não em todo, mas em um núcleo essencial, havendo artigos que não se enquadram na categoria de abstração sugerida pelo autor (DWORKIN, 2006. p. 2).

Não se pode incorrer no erro comum de pensar que Dworkin é adepto à correção do direito pela moral, passando a considerar decisão judicial de acordo com a convicção do julgador. A moral constitucional, segundo nomenclatura utilizada pelo autor, implica na obrigação de excluir convicções particulares e solipsistas, para que o julgador fundamente sua decisão conforme a estrutura da Constituição e a história interpretativa que foi desenhada ao longo do tempo, considerando que há uma elaboração conjunta em termos de leitura moral (DWORKIN, 2006. p. 2).

É nítida nas obras de Dworkin a preocupação com a ideia de igualdade, tanto que afirma que a concepção política de um determinado estado deve ser pautada nos direitos e orientada por princípios de justiça igualitários que indiquem “os fundamentos mínimos sobre os quais se possa esperar que pessoas com auto-respeito vejam a comunidade como a sua comunidade e considerem o futuro dela como o seu futuro” (DWORKIN, 2001, p. 317). O ponto de interesse, contudo, é justamente a correlação da justiça equitativa com a leitura moral da Constituição com base na integralidade, que é feita pelo autor americano.

A leitura moral de Dworkin insere a moral no direito por analisar a Constituição Norte-Americana, e não por entender que todo direito tem como elemento de validade uma moral absoluta. A leitura moral não permite a modificação da moral pela vontade do juiz, mas apenas a busca de uma interpretação comunitária para afastá-la do subjetivismo ou da discricionariedade. De acordo com Fernandes, quando Dworkin cunha a metáfora de Hércules, possibilitando uma única resposta correta, deseja traçar as linhas das posturas de alguém comprometido com uma teoria hermenêutica condizente com o giro linguístico, capaz de colocar em dúvida suas pré-compreensões, bem como realizar o movimento da fusão de horizontes, atualizando o texto ao contexto do intérprete, mas sem perder de vista que o texto, como obra que é, é fruto de uma construção de sentido coletiva que ultrapassa a vontade e os desejos de seu criador (FERNANDES, 2014, pp. 197-198).

Há uma distância entre Kelsen e Dworkin, pois este, embora não creia em uma moral absoluta e universal, não exclui a moral do âmago do Direito, já que há princípios morais que

servem de base para leis da comunidade (DWORKIN, 2002. p. 125). Os juízes decidem sobre questões de moralidade política que foram expressamente previstas na Constituição, por meio dos princípios; estes, em uma visão constitucionalista, segundo o autor, conferem validade moral à Constituição (a ordem).

Para a linha sistêmica, cabe ao direito definir o que é justiça, e não a justiça definir o que é direito. Agora, os legitimados para definir o direito é que terão a árdua tarefa de se guiar pela construção de uma ordem preferencialmente justa segundo a metafísica pura, mas nessa etapa, antes da elaboração da ordem normativa, a definição de justiça escapa do próprio direito, pois somente encontra apoio na filosofia e em outras ciências.

A justiça sistêmica aqui desenhada também deixa de ser um valor transcendente, situando-se no interior do sistema jurídico. A partir do momento em que se pretende construir um conceito de acesso à justiça dentro de uma ordem jurídica, não se pode aceitar acepção filosófica (ou de outros carizes) para o conceito de justiça, mas apenas normativa. A busca pela justiça, o acesso à justiça, somente ocorre dentro da ordem jurídica que constitui o Estado. A justiça a que se busca acesso é aquela estipulada na ordem que constitui o Estado, sendo certo que atualmente no Brasil é a Constituição de 1988 o marco da ordem constituída. Obviamente, tratados internacionais também a compõem, mas devido à permissão da própria Carta Magna, demonstrando que é fonte irrenunciável de toda a ordem normativa.

Nesta linha, o conceito de justiça sistêmica na ordem brasileira é um conceito normativo, de cunho kelseniano, por se relacionar com validade, e constitucional, por ter sede em princípios constitucionais. Obviamente, um Estado pode adotar uma concepção mais propensa aos ideais de John Rawls ou aqueles engendrados por John Stuart Mill, porém, tais constatações são feitas antes da criação das normas ou durante a execução dos atos normativos. Abrindo o conceito de justiça para uma dimensão puramente filosófica ou política, haveria uma infinidade de definições sobre justiça ou acesso à justiça. Somente é possível fixar o conceito de justiça e de acesso à justiça com maior nível de segurança em caso de limitação do referencial. Qualquer outra opção poderia levar à impossibilidade de conclusão do trabalho.

A premissa adotada é que, abstratamente, não há nenhuma norma na Constituição de 1988 com conteúdo flagrantemente injusto; o que há são possíveis aplicações de normas de direito fundamental de forma injusta frente à solução que se adotou ao caso concreto. Por exemplo, alguém pode defender que não é justa uma ação afirmativa de implementar cotas na universidade às pessoas indígenas, porém, a norma que baseia toda a ação afirmativa é a igualdade, que tem um conteúdo *a priori* justo.

O que se quer assentar é justamente que o ordenamento jurídico brasileiro está respaldado por ideais de justiça normatizados, no sentido de respeito aos direitos fundamentais e participação democrática nas decisões do Estado. Ou nas palavras de Miguel Reale, “justiça representa o valor-fim do Direito,” (REALE, 1998. p. 311). Porém, impositivamente do Direito do Brasil, por meio da Constituição. O ideal de justiça somente se torna viável e menos relativizado com a afirmação e firmação dos direitos fundamentais, sendo a Constituição a autêntica “reserva de justiça”.

4 CONSTITUIÇÃO COMO RESERVA DE JUSTIÇA: DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA COMO ELEMENTOS DO CONCEITO DE JUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição é a reserva de justiça da República Federativa do Brasil. Essa frase se coaduna com o conceito de justiça sistêmica. Note-se, um norte-coreano poderia utilizar essa mesma frase ao se referir à Constituição de seu país, o que não representaria uma contradição com a assertiva relacionada ao Brasil, partindo da premissa da dimensão sistêmica de justiça. A impossibilidade comparativa, no entanto, revela-se quando restar evidenciado que sob a ótica do constitucionalismo só se pode dizer que uma sociedade possui Constituição ou que determinado

Estado é constitucional se a organização do poder seguir determinado fim, respeitando os direitos e garantias fundamentais, prescrevendo a separação de poderes e instituindo referencial democrático (BELLO FILHO, 2003, p. 171). Há um desenvolvimento histórico em que o Brasil está inserido, que ocasionou uma série de premissas fundantes da ordem de 1988, apta a absorver ideais humanistas, os quais se entrelaçam ao movimento do constitucionalismo. Em contrapartida, a Coreia do Norte viveu e vive uma realidade completamente distinta, o que não impede de ter uma ordem jurídica, mesmo que a Lei Fundamental dessa ordem tenha características injustas de acordo com o olhar ocidental.

Foi dentro do constitucionalismo que se deu a conexão entre direito e moral, e a dignidade da pessoa humana teve um papel imprescindível para que isso fosse possível. Argumenta Habermas:

Depois de dois séculos de história constitucional moderna, reconhecemos melhor o que marcou esse desenvolvimento desde o início: a dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universalista da moral é importado ao direito. A ideia da dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta a moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emergir uma ordem política fundamentada nos direitos humanos (HABERMAS, 2012. p. 17).

O Direito quer e faz justamente isso: transformar qualquer conteúdo em “justiça institucionalizada”. Continuará por mais cem séculos a discussão que o direito não pode absorver qualquer conteúdo, porém, ele continuará absorvendo. Aceitar essa forma é o primeiro passo para impedir abusos e arbitrariedades. Contudo, é preciso entender o constitucionalismo, principalmente após a metade do século passado, para saber que a ordem jurídica constitucional, fruto desse movimento, necessita guardar relação com a dignidade da pessoa humana e com a democracia.

A evolução histórica das teorias selecionadas sobre o conceito de justiça demonstra que a justificativa do conteúdo institucionalizado pela ordem tendia à realização de justiça. A questão é justamente pela relativização dos conteúdos, que podiam variar conforme o tempo e a cultura. O padrão comum que desde o início restou consignado é justamente o fato de a justiça estar cercada pelo direito; seja a justificativa calcada pelas vozes dos deuses (ou de um Deus), seja pela razão prática, seja por uma moral social, o fato é que o conceito de justiça que se mostra útil ao tema desenvolvido está vinculado ao conceito de direito.

Nota-se que se busca uma vinculação entre justiça e direito, mas tal fato não pode ensejar na falsa conclusão de que direito é sinônimo de justiça; na verdade, existe direito injusto, pois justiça não é elemento do direito. No entanto, as evoluções das teorias apontadas desaguaram na constitucionalização do direito, o que muda a perspectiva sobre a justiça. Se o direito pode ser entendido sem a contemplação da justiça, o direito concebido a partir do movimento constitucionalista pós-segunda guerra já não pode.

Assim, a ideia de constitucionalismo, adstrita ao Estado Democrático de Direito, não pode se afastar da regulamentação dos direitos individuais que figuram também em uma dimensão política e que estão limitados à possibilidade de alteração pelo legislador, haja vista a necessidade de se observar os requisitos procedimentais para tanto, especialmente se considerados como cláusulas pétreas, sendo passíveis de apreciação e amparo pelo Poder Judiciário (GAVIÃO, 2013. p. 240).

A justiça constitucional nada mais é do que a positivação, na Magna Carta, daqueles direitos ditos como fundamentais do ser humano, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, que no pós-guerra, em razão das atrocidades, foi elevado ao grau de fundamento previsto na Constituição. Somam-se a isso os ideais democráticos, pois:

[...] a participação popular e os debates nas denominadas arenas públicas são essenciais para a adequada e ajustada garantia dos direitos individuais constitucionalmente previstos e para permitir a convivência harmônica das diversidades encontradas nas sociedades. Significa, pois, que não basta apenas uma previsão legislativa; torna-se imprescindível a participação do povo na elaboração e implementação dos direitos fundamentais (GAVIÃO, 2013. p. 243).

Nessa linha, a justiça constitucional é a normatização e posterior concretização dos direitos e dos ideais democráticos previstos na norma fundamental, não se confundindo com a jurisdição constitucional, a qual nada mais é do que função atribuída ao Tribunal Constitucional de garantir a constituição tornar efetivas as positivações e preceitos abarcados na Constituição.

Assim, justiça constitucional segundo Carlos Bolonha, Henrique Rangel e Bernardo Zettel, deve ser entendida:

[...] no plano material e substancial, como sendo a realização da confluência e integração entre a Constituição e direitos efetivados no plano sócio-político, ou seja, como se procede uma legitimação efetiva e racional, ou mesmo procedimental; diferente da noção de jurisdição constitucional que resulta de uma complexa função de garantir a Constituição por meio de sua própria competência, mesmo que na defesa dos direitos e liberdades fundamentais e na condução da segurança do ordenamento jurídico e da vida democrática (BOLONHA; RANGEL; ZETTEL. 2012, p. 159).

O movimento constitucionalista permite afirmar que existe um conteúdo humanista na justiça semântica da Constituição Federal, garantidor de conquistas atreladas à liberdade, à igualdade e ao bem comum. A constitucionalização dos princípios axiológicos externos de filosofia ética e política fez com que assumissem outra categoria, a de princípios jurídicos internos – *in iure* – ao universo do discurso de uma teoria jurídica da democracia (FERRAJOLI, 2016).

O constitucionalismo, enquanto movimento, é plural: não há um constitucionalismo, mas vários. E, embora existam marcas nacionais (inglês, americano, francês) possuem aproximações histórico-cultural-normativas. A aproximação possibilita engendrar um movimento, que, segundo Canotilho, pretende limitar o poder do Estado com fins garantísticos, sendo, portanto, uma teoria normativa da política e uma teoria da democracia (CANOTILHO, 2003. p. 51). A formatação de dados característicos somente é possível em razão da experiência histórica associada aos movimentos revolucionários dos fins do século XVIII.

Toda a aposta do constitucionalismo, diz Zagrebelsky, está na capacidade da Constituição, promulgada como lei, de se converter em *ius* (ZAGREBELSKY, 2014. p. 109). O direito passa a ser materialmente guiado por princípios de justiça, pois sem esses valores qualquer lei, ainda que revestida de atributos elevados, converte-se em uma lei arbitrária, e ao mesmo tempo, tirânica.

Mesmo que esses princípios de justiça estejam vinculados a aspectos políticos, ainda sim, possuem cargas axiológicas, cuja utilidade a racionalidade, dentro de um contexto social, consegue justificar. Em outras palavras, mesmo que seja difícil em sociedades democráticas e pluralistas existentes, com distintas visões de mundo, a união ordenada, tem-se que a Constituição representa (ou possa representar) um ponto comum que possibilite uma concepção política de justiça unificada. Trata-se da adoção de um consenso sobreposto (*overlapping consensus*) de doutrinas compreensivas razoáveis (VIEIRA, 1997. p. 66).

Marcelo Neves atrela o constitucionalismo ao mecanismo que possibilita a diferenciação entre política e direito no âmbito dos Estados, dependendo de amplos pressupostos sociais. E ao mesmo tempo em que possibilita a diferenciação entre direito e política, a Constituição atua como acoplamento entre esses dois sistemas funcionais da sociedade moderna, existindo marcantes exigências (direitos fundamentais, por exemplo) para a reprodução dos processos políticos de busca

pelo poder e de tomada de decisões. Há uma marcante presença de procedimentos políticos e judiciais, passando a existir uma legitimação jurídica da política e uma legitimação política do direito (NEVES, 2013. pp. 56-57).

O ponto marcante é a Constituição transversal, havendo uma associação da Constituição moderna com a superação dos fundamentos jusnaturalistas e, ao mesmo tempo, a fixação que é a partir da Constituição que o direito autofundamenta-se, fechando o sistema jurídico, e o povo fecha o sistema político, autolegitimando-se (NEVES, 2013. pp. 59-62). A Constituição transversal reconstrói o acoplamento estrutural do Estado de direito com a democracia, inexistindo hierarquia entre o direito e a política, vista como “instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito” (NEVES, 2013. p. 62).

A Constituição transversal não se restringe a uma conexão estrutural, mas pressupõe uma construção vinculativa entre direito e política. Neste caso, o vínculo ocorre entre dois mecanismos reflexivos: a Constituição jurídica, como conjunto de normas, e a Constituição política, processo e estrutura decisória (NEVES, 2013. p. 63).

Essa ideia de mecanismos estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas é denominada de racionalidade transversal (NEVES, 2013. p. 38), (política e direito), tendo por base os acoplamentos estruturais de Luhmann, que consistem fundamentalmente em mecanismos de interpenetrações concentradas e duradouras de sistemas sociais. Porém, a racionalidade transversal possibilita a reciprocidade entre os sistemas de forma ordenada. A Constituição consiste, assim, no acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, guiado por uma racionalidade transversal específica, com diferentes faces; e cada racionalidade transversal parcial está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma “ponte de transição” específica entre elas (NEVES, 2013. p. 42).

A Constituição assume o “controle” da vida em comunidade, fixando, não só procedimentos de reprodução política/jurídica, mas também uma racionalidade específica, e que, em razão da transversalidade constitucional, atua nos dois campos: na dimensão jurídica a racionalidade funda-se na justiça e na dimensão política, na democracia.

Para o referido autor, a justiça é vista como racionalidade jurídica específica, interna e externamente. Na primeira, relaciona-se com uma consistência da ordem normativa posta, enquanto na segunda, existe correlação com adequação social, como capacidade de abrigar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas. Assim, importante que haja um equilíbrio entre a justiça constitucional interna e externa, pois a prevalência na primeira pode levar a um formalismo socialmente inadequado, não se legitimando socialmente; havendo uma prevalência na justiça externa conduz a um realismo juridicamente inconsistente. Este equilíbrio permite a manutenção do próprio direito (NEVES, 2013. pp. 63-66).

Para o autor brasileiro, esse paradoxo (justiça interna enquanto ordem normativa consistente e justiça externa enquanto adequação social) depende do princípio da igualdade. Enquanto norma, a igualdade serve para a imunização do direito em face de diferenças juridicamente irrelevantes, mas relevantes em outras esferas da sociedade. Como fator de consistência jurídica, a igualdade deve significar que diferenças econômicas, educacionais, religiosas, políticas, culturais, referentes ao saber, entre outras, mesmo que legítimas nos respectivos campos do contexto social do direito, não devem transitar imediatamente para o direito, sobretudo se forem assimétricas (NEVES, 2013. pp. 66-67). A igualdade enquanto expressão da racionalidade jurídica, unificando justiça interna e externa, é a isonomia na lei, inclusão igualitária dos indivíduos como pessoas na ordem jurídica, e somente em um segundo momento refere-se à igualdade perante a lei, ou seja, tratamento igualitário de casos jurídicos (NEVES, 2013. p. 69).

No campo político, a racionalidade específica reside na democracia, com autorreferência e heterorreferência. A primeira ao considerar o povo como soberano (todo poder emana do povo e

em seu nome será exercido), tendo um significado relevante na construção da racionalidade política dentro da complexa sociedade moderna. Já a adequação social da política pressupõe procedimentos políticos suscetíveis e abertos às suas instigações e influências. Da mesma forma que no campo jurídico deve existir um equilíbrio, ainda que não perfeito, entre a consistência da autolegitimação e a esfera pública pluralista (NEVES, 2013. pp. 70-71).

Nessa relação interna e externa entre política e direito, existe uma correlação entre igualdade e democracia, existindo uma necessidade da igualdade ser incorporada na democracia e a democracia na igualdade.

A igualdade primariamente jurídica incorpora-se ao sistema democrático mediante as comutações procedimentais estabelecidas na Constituição como “ponte de transição” que possibilita “*re-entries*” construtivas entre racionalidades jurídica e política no plano estrutural. Sem cidadãos com direitos políticos iguais, a democracia não tem nenhum sentido [...]. Por outro lado, a garantia da concretização normativa do princípio jurídico-constitucional da igualdade depende dos procedimentos democráticos de legislação, eleição e participação direta (plebiscito e referendo), assim como da diferença entre política e administração no plano do sistema político [...] (NEVES, 2013. pp. 74-75).

Esse estudo pretende justamente demonstrar que a justiça sistêmica aludida no item anterior tem substrato não somente na base kelseniana, mas também, e principalmente, no constitucionalismo, sendo certo que a divisão feita por Marcelo Neves (direito, justiça interna e externa; política, democracia e auto/heterorreferência) demonstra que existe abstratamente uma pretensão de justiça e de democracia guiando a ordem nacional construída à luz do constitucionalismo.

A Constituição brasileira de 1988 está dentro desse movimento e abstratamente abarcou um sistema normativo consistente no aspecto material, principalmente em termos de direitos fundamentais e ideais democráticos. Partindo da premissa que os direitos fundamentais se irradiam em todos os âmbitos do sistema jurídico, é plausível concluir, na linha de Alexy, que existe uma irradiação da ideia de justiça a todos os ramos do Direito (ALEXY, 2008. p. 544).

Em verdade, o direito e a justiça encontraram seu ponto de estofo na Constituição, entendido aqui como o local em que cessa o incessante metonímico, passando a conferir nova conceituação aos dois significantes.¹ O conceito dos significados direito e justiça somente pode surgir a partir da articulação final com outro significado, Constituição. Logo, a Constituição, como ponto de estofo, age entre os significantes, juntando as partes para formar um todo em que a significação acabará por aparecer, qual seja, direitos fundamentais.

Em suma: a força normativa da Constituição somente se faz possível no momento em que direito e justiça encontram, na Constituição, o ponto de colaboração (ZAGREBELSKY, 2016. p. 96).

Continuando, o constitucionalismo é o movimento que deve compreender a noção formal do direito kelseniano, para, a partir daí, preencher o sistema com valores de cunho humanista, social e democrático. A pilastra fundamental desse movimento é a Constituição, com sua primazia formal e com seu acentuado conteúdo axiológico normatizado. Entender a Constituição dentro do constitucionalismo é muito além do que enxergar uma mera “pirâmide” normativa ou um mero círculo sistêmico. Assim, ao absorver e normatizar valores como a igualdade, liberdade, solidariedade, democracia, o constitucionalismo possibilitou confiar à Constituição a fonte da justiça. A justiça é muito além do mero uso da toga, pois está postada firmemente na Carta Magna.

¹ Trata-se de uma figuração a partir da ideia de Lacan, explicitada por Gaglianone, como sendo o “ponto de basta”, que é uma operação através da qual o significante interrompe o deslocamento, sem ele indefinido, da significação. (GAGLIANONE, 2009)

A ordem jurídica é um sistema de garantias, como bem discorre Ferrajoli. E a ordem jurídica brasileira corrobora tal tese, sendo possível extrair desde o preâmbulo da Constituição o sentido da assertiva de Ferrajoli: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais...” Logo, o Estado Democrático de Direito, não só declara o direito fundamental, mas tem por objetivo maior assegurar o seu exercício (FERRAJOLI, 1997. pp. 89-109).

Colhe-se, ainda, do art. 3º da Constituição que o objetivo primeiro da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade justa. Embora constem também as palavras “livre e solidária”, entende-se que a expressão “sociedade justa”, por si só, abrange uma sociedade livre e solidária, além de outras condições que se alinham ao ideal de justiça.

O conceito de justiça na dimensão sistêmica, e de acordo com a ordem jurídica brasileira é: conteúdos normativos que respeitem a dignidade da pessoa humana e possibilitem o funcionamento do Estado dentro de concepções democráticas, ou, os direitos fundamentais e ideais democráticos representam a justiça que foi constituída na ordem jurídica brasileira.

Canotilho, que cravou a expressão Reserva de Justiça, demonstra preocupação com a forma com que a Constituição está se convertendo em fonte única das expectativas de justiça, desidratando os outros sistemas sociais. De acordo com o autor português, quando a pluralização e diferenciação da pós-modernidade apela, sobretudo para dissensos e diferenças e não para consensos em torno da justiça armazenada nos vasos normativo-constitucionais, é fácil de prever que a constituição corre o risco de se converter mais numa constituição simbólica, expressão cunhada por Marcelo Neves, do que numa reserva normativa de justiça dotada de capacidade reflexiva (CANOTILHO, 2003. p. 1359). Esta busca de refúgio na Constituição, de todas as matérias, possibilitou a construção de modernas teorias da justiça e do discurso, todavia, isto não implica na consunção da teoria da constituição, que deve continuar a ser o porto seguro do sistema jurídico-normativo informado por uma pretensão de justiça (CANOTILHO, 2003. p. 1361).

No entanto, o próprio Marcelo Neves afirma que essa simbolização da Constituição ocorre em razão da expansão da esfera política em prejuízo do desenvolvimento autônomo da racionalidade jurídica, mas, nesse caso, a politização desdiferenciante do sistema jurídico não decorre inerentemente do conteúdo das disposições constitucionais, ao contrário, o diploma constitucional proclama um modelo político-jurídico conforme o qual a racionalidade jurídica está garantida (NEVES, 2013. p. 81).

Enfim, a Constituição, dentro do movimento constitucional que se formou e se estende até os dias atuais, continua a ser o referencial de justiça da comunidade brasileira.

A justiça sistêmica, pelo constitucionalismo descrito, é representada pela Constituição, ou seja, a justiça nasce com a Constituição em dois campos, político e jurídico, e esta, de acordo com a história que o Brasil está inserido, resgata referências democráticas e humanistas. A sociedade, como um todo (ainda que plural), precisa ter nessa norma fundamental uma referência que extrapole o senso jurídico de validade. Juridicamente a norma é válida; e, convencionalmente, é também justa; esta convenção é simples na norma abstratamente promulgada. Por isso não é possível reduzir, em se tratando de sistema jurídico brasileiro, justiça sistêmica à mera validade: há uma extensa normatização de ideais que a sociedade moderna entende como justos no campo valorativo. Existe sim uma consistência normativa e uma adequação social apta a confiar na Constituição como base da justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se quer assentar de forma clara é que existem normas que substancializam princípios de justiça e outras que possibilitam sua concretização. A ideia de justiça percorre a humanidade, e mesmo que não haja uma definição imanente, imune a qualquer crítica e aceita

como um dado absoluto, tem o seu desenvolvimento atrelado à realização do indivíduo enquanto ser humano e deste enquanto membro de uma comunidade. Restou evidenciado demonstrado que o ser humano tenta capturar o conceito abstrato de justiça pelas raias da lei, da ordem, ainda que o fundamento tivesse raiz na metafísica.

Nessa jornada, a justiça conseguiu se desvencilhar das amarras da crença e do formalismo vazio do poder, para desaguar nos aspectos empíricos e históricos que nortearam uma construção mais racional, instrumental e dialética, sem desvincular-se da lei. Há uma relação entre lei e justiça que possibilita a própria realização do direito (principalmente na órbita constitucional): a função da lei é transformar a justiça em força, em poder e a função da justiça é evitar que a lei seja tirânica.

Nesta quadra, o constitucionalismo conseguiu, sem excluir aspectos relevantes da teoria pura do direito, conjugar valores imprescindíveis à aceitação e à realização do direito. A Constituição assume o “controle” da vida em comunidade, fixando, não só procedimentos de reprodução política/jurídica, mas também uma racionalidade específica, e que, em razão da transversalidade constitucional, atua nos dois campos: na dimensão jurídica a racionalidade funda-se na justiça e na dimensão política na democracia.

Assim, o desenvolvimento do constitucionalismo passou a exigir que alguns valores éticos fossem convertidos em normas jurídicas no bojo da Constituição. Tais valores sintetizam os ideais de justiça, mas com um ponto de referência bem delimitado: dignidade da pessoa humana.

Direito e Justiça encontraram seu ponto de estofa na Constituição, em que cada significante conjuntamente possibilitou a construção de um novo significado dentro do bojo da Lei Maior. Em outras palavras: a Constituição, ao conjugar a força e a forma do direito com o valor e o conteúdo humanista da justiça, fecundou um novo significado: direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, ao lado da democracia, devem ser entendidos como a materialização da justiça pelo direito, o que implica, não somente em delimitação do poder, mas em realização de uma vida mais justa. Com isso, não se pode entender que todo conteúdo normativo de uma ordem posta equivale à justiça, pois, do contrário, além de esvaziar axiologicamente o conceito de justiça, ter-se-ia uma definição extremamente aberta, o que possibilitaria uma banalização do próprio conceito.

Tem-se por certo que os direitos fundamentais (abrangendo também os ideais democráticos) representam a justiça dentro da ordem jurídica brasileira. Se assim for, acessar à justiça é acessar os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BOLONHA, Carlos. RANGEL, Henrique. ZETTEL, Bernardo. **Justiça constitucional e democracia de direitos**. In Revista de Direitos Fundamentais & Justiça - ANO 6, Nº 20, JUL./SET. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. São Paulo: M. Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. **Teoria del derecho y de la democracia**. 1. Teoria del derecho. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et. al. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016.
- GAGLIANONE, José Luís Machado. **Sobre o sintoma**. Afreudite - Revista Lusófona de Psicanálise Pura e Aplicada, [S.l.], v. 4, n. 7/8, mar. 2009. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/afreudite/article/view/33>>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes**. 5. ed. Buenos Aires: Catálogo, 2001.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Positivismo jurídico. In **Derecho y moral: una relación desnaturalizada**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012. Disponível em: <http://www.garciamado.es/2014/07/positivismo-juridico-por-juan-garcia-amado/>. Acesso em: 20 de set. 2017.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy**. In Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. jan./jun. 2012.
- GAVIÃO, Vanessa Cristina. **A relação entre o constitucionalismo e a democracia: uma análise da nova lei de cotas sociais**. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 50. n.199. jul./set. 2013.
- GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. Tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2012.
- HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. **Intorno ala legge: il diritto come dimensione del vivere comune.** Torino: Einaudi, 2009.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del derecho.** Tradução Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya. 2. ed. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 2. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Editora Coimbra, 1979.

_____. **La ley y su justicia.** Tradução Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2014.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito.** 2. ed. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano.** Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de bolso, 2000.

_____. **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PERALMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Principia Iuris. Teoria del derecho y de la democracia.** 1. Teoria del derecho. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et. al. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito.** 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.

RICOEUR, Paul. **O justo 1.** São Paulo: Martins fontes, 2008.

_____. **Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy.** In Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. jan./jun. 2012. pp. 83 e 123.

_____. **Teoria pura do direito.** 2. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Editora Coimbra, 1979.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição como reserva de justiça.** In Lua Nova. n. 42. São Paulo, 1997.

VOLPE FILHO, Clovis Volpe. **Reflexões sobre à teoria pura do direito à luz da contradição humana e da mitologia.** In Teoria do Direito e Realismo Jurídico. Curitiba. v. 2. n. 2. jul-dez. 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** 11. ed. Madrid: Trotta, 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Intorno ala legge: il diritto come dimensione del vivere comune.** Torino: Einaudi, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia.** Tradução Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2014.