

JUSTIÇA E DEMOCRACIA

FERNANDO DIAS ANDRADE*

Resumo: Pretendo mostrar como o pensamento jusfilosófico contemporâneo é obrigado, por conta de um aparente interesse em ingressar na filosofia política, a tratar do conceito de justiça simultaneamente ao conceito de democracia e vice-versa, mas como tal empreitada acaba por ser curiosamente malsucedida por força das finalidades pragmáticas originais do pensamento jurídico. A filosofia contemporânea do direito, em lugar de chegar a um conjunto esclarecedor de doutrinas ou conceitos que realizem o ideal almejado por tantos de uma prática jurídica democrática ou justa, em verdade parece cumprir o propósito inverso: o de separar os resultados teóricos e práticos do pensamento político (que visa a constante reconstituição do campo público) e do pensamento jurídico (que visa a privatização do campo político). Uma vez apresentado um esboço desse panorama, procurarei indicar a origem dessa inconsistência metodológica (que separa das finalidades alegadas o verdadeiro objetivo e os autênticos instrumentos do pensamento jurídico) e questionarei a viabilidade tanto de se pensar a relação entre justiça e democracia nesse ambiente irracionalista do direito quanto de buscar reconquistá-la por uma via outra, ainda que ainda jurídica.

Existem direitos na democracia? Eis uma questão que não mais pode receber uma resposta simples. Assim como a própria democracia, os direitos são objeto de todas as disciplinas ou ciências que têm como tema a vida em sociedade, a vida política, o mundo das instituições. E, no caso específico da filosofia, os direitos são matéria obrigatória tanto da filosofia política quanto da filosofia do direito e, dialogando com ambas, também da ética. Discute-se nos últimos anos, como nunca antes, o que são e quais devem ser os direitos subjetivos, em todas as suas formas: direitos civis, direitos naturais, direitos humanos. É uma discussão sem campo fechado, a cada dia tomada com mais violência por uma argumentação que se pretende interdisciplinar, livre de padrões clássicos de conceituação, realizadora de um pensamento que se diz pós-moderno e superador dos ídolos do racionalismo clássico e da modernidade política. O panorama atual de discussão dos direitos – e que não se resume aos direitos subjetivos – é, assim, um campo de batalha entre teorias jurídico-políticas adversárias que, em lugar de alcançar um esclarecimento científico preciso ou mais consistente a respeito do que sejam os direitos, em verdade aumenta o nível de confusão com que o próprio assunto é colocado à discussão, sendo necessário, antes de se tomar algum partido, recuperar tanto quanto possível a inequívocidade do objeto, a significação da idéia dos direitos, ainda que haja quem afirme ser isto uma tarefa impossível ou desnecessária. Mas o fato é que, num ambiente de teorias e opiniões multifacetadas sobre os direitos e suas

* Doutor em filosofia, e doutorando em direito, pela USP. Professor adjunto de História da Filosofia na UNIFESP. Texto apresentado na I Jornada Unifesp de Filosofia Moderna (9 de novembro de 2007).

propriedades ou condições, perder de vista a própria definição dos direitos pode ser uma traição da filosofia contra si própria, marca da impossibilidade de se falar a mesma língua ao tratar de assunto tão nobre para o mundo da prática, anúncio da morte da filosofia do direito.

O que são direitos? Por direitos poderíamos pôr em questão os direitos no aspecto objetivo, ou seja, os próprios sistemas jurídicos. Não é esta a aceção que nos importa aqui, e sim aquela que entende os direitos como direitos subjetivos. Há direitos na democracia? Ou melhor, há direitos subjetivos na democracia? Qual democracia? A democracia, por sua vez, é desde a origem uma noção e uma prática aberta à polémica e à indefinição, e conseqüentemente a discussão da existência de direitos na democracia, ainda que definidos aqueles como direitos subjetivos, não encontra um mínimo de paz enquanto não se precisar também o que a democracia é ou deveria ser. O que nos deixa um problema muito grave porque, embora da noção de direitos subjetivos possamos chegar a um conceito praticamente fechado – ou seja, possamos definir os direitos de uma maneira razoavelmente unívoca, ainda que com grande margem a variações e extensões –, não há, talvez, como atingir a mesma univocidade dentro da concepção da democracia. A democracia, por mais que seja vista em diferentes versões mais ou menos concretizáveis – ou seja, concepções de uma democracia ideal ou idealizada, ou concepções de uma democracia real, concreta, contraditória –, está presente em cada um de nós como uma realidade essencialmente paradoxal: ela está sempre distante enquanto modelo de prática política ideal, e está sempre presente como objeto de desejo. Essa condição paradoxal marca, todavia, a atualidade constante da democracia em nós, nossa experiência inequívoca da democracia ainda que apenas enquanto objeto de desejo. E da mesma maneira que no plano dos desejos estamos sempre em contradição e disputa, é simplesmente impossível alcançar uma concepção unívoca da democracia: ela é uma realidade vivida na contradição ainda que seja apontada para a construção da paz; é projetada como representação ainda que tenha sido concebida como atividade direta dos agentes políticos; é endossada como paradigma de projeto institucional, ainda que o preço para a realização desse projeto seja a consagração de privilégios. A democracia, em suma, é uma experiência absolutamente contraditória, da qual só se pode pensar numa concepção racional ou consistente no plano exclusivo do conceito. É como se a prática histórica da democracia, inevitável para a auto-organização de qualquer povo e caminho necessário do progresso humano caso este exista, fosse fechada para o pensamento sobre a democracia, a conceituação da democracia. Ou, pelo menos, é como se a realidade histórica de cada prática direta ou representativa da democracia dissesse respeito a algo diferente do que é a democracia enquanto regime político ideal, a democracia do puro conceito. Diante disso, colocar a questão “Existem direitos na democracia?” nos impossibilitaria de chegar a uma resposta, a menos que tomássemos partido diante do real, que partíssemos de um dentre dois planos que não se correspondem: o plano da filosofia e o plano das instituições.

Pois a filosofia, por definição e ofício, está fora do plano das instituições. Sendo experiência do pensamento, sua tarefa não é viabilizar projetos institucionais específicos, e sim denunciar o irracionalismo por trás de tais projetos.

Se a democracia é concebida – no interior da história da filosofia – como criação de direitos, construção de igualdades, terreno da identificação entre justiça e liberdade, o que é que a torna, na prática, o inverso de tudo isto? No caso específico dos direitos subjetivos, tradicionalmente concebidos na reflexão filosófica moderna da democracia como expressão de necessidades naturais, o que é que os torna, na vida prática, faculdades que não são exercidas plenamente, direitos ideais que não são vertidos para as leis, direitos constitucionais que não são protegidos pela própria organização das instituições jurídicas, direitos humanos que não alcançam a eficácia jurídica dos direitos materiais? A causa de toda essa contradição que opõe o conteúdo da democracia projetada pela filosofia política moderna e o conteúdo da democracia realizada na história contemporânea não é um vício de origem que carregariam aquelas concepções filosóficas da democracia, mas sim, por um lado, uma separação essencial entre plano do pensamento e plano da prática e, por outro, uma usurpação conceitual operada por este plano da prática. Quero dizer que, ao lado do ocultamento na prática daquela democracia projetada pela filosofia política, há na própria estrutura institucional que sustenta essa prática um movimento de negação da filosofia, um movimento de blindagem dos instrumentos institucionais e jurídicos do Estado democrático, que põe, no lugar das concepções filosóficas que afirmam a democracia como campo conflituoso de igualdades e liberdades, concepções ideológicas que descrevem-na como campo civilizado de direitos que só podem ser vividos enquanto privilégios. Dos gregos ao idealismo alemão, não houve concepção filosófica da democracia que negasse ser ela prática de fundação da igualdade política, entendida inclusive ou nuclearmente como igualdade de direitos, ainda que de apenas alguns poucos direitos subjetivos: sempre houve, aqui e ali, a noção clara de que entre os participantes da vida democrática estava estabelecido como um pressuposto prático um certo campo de direitos iguais, os quais neste sentido – e apenas neste sentido – colocavam como iguais indivíduos que em tudo são singulares ou opostos. Igualdade plenamente política e não posta, portanto, pela natureza, a igualdade democrática enquanto igualdade de certos direitos tornou-se indissociável da própria concepção de democracia. Por isso mesmo tornou-se necessário ao Estado-nação, não muito após a Revolução Francesa, usurpar essa essência da democracia, modificar seu conteúdo íntimo de maneira que aquela igualdade política originária ao conceito, ainda que certamente uma igualdade artificial, se apresentasse desde o século XIX como prática inalcançável. Por todo o século XIX o que temos é a consagração do Estado-nação formalista, legalista, constitucionalista e *democrático* – mas plenamente representativo. Não haveria nem há como ser de outro modo, e a simples representatividade da democracia não é, na verdade, uma usurpação do conceito de democracia (desde o final do século XVII a filosofia propõe experiências representativas da democracia), mas a usurpação se dá a partir do momento em que se pensa que todas as atividades civis – ou atividades do cidadão – do processo de criação de direitos é uma prerrogativa do Estado. A representatividade democrática – pensada nos séculos XVII e XVIII como concentrada no exercício de funções estatais específicas, da promulgação legislativa à execução de atos práticos de governo –, passa, desde o início do século XIX, a ser apresentada como procedimento evidente para todo e qual-

quer ato do Estado ou da vida política, que por isso mesmo passa a ser vivida não mais como vida de cidadãos, mas como vida da maquinaria estatal. A separação entre plano da sociedade civil e plano da prática estatal tem como instrumento não uma filosofia nova que descobre enfim a verdadeira essência racional da democracia, mas sim uma forma institucional de pensamento que busca o movimento inverso ao da conceituação: ela busca a simples justificação da prática estatal. Para tanto, o Estado-nação se apresenta anconrado num pensamento político-jurídico, ou simplesmente jurídico, absolutamente vinculado aos interesses governamentais de cada Estado em particular, e paulatinamente perde-se de vista, na reflexão teórica dos fundamentos da prática política, aquela perspectiva universalista que alimentava o pensamento moderno mesmo quando a experiência a que este se referia era uma experiência política localizada. A filosofia jurídica passa a ter, desde a primeira metade do século XIX, uma perspectiva legalista, positivista, despreocupada com a reconstrução de um pensamento político que aponte para a essência universal da política ou da democracia, preocupada agora com a justificação de uma democracia que é declarada pelas legislações republicanas ou imperiais, e no interior das quais os direitos subjetivos sem dúvidas são apontados como carro-chefe da ordem constitucional, mas em que não são mais a voz do desejo a operar os conteúdos de tais direitos.

Nessa democracia contemporânea, projetada pela estrutura legislativa e justificada mais pelo próprio poder do que pela razão, os direitos subjetivos não têm, em verdade, nenhuma relação direta de continuidade com os direitos projetados pela filosofia política moderna e em grande medida presentes, apesar das inevitáveis torções, nas declarações revolucionárias fundadoras desse mesmo mundo contemporâneo. Que são os direitos subjetivos nessa democracia contemporânea? São, certamente, direitos concretos, no sentido de que não são paradigmas universais de direitos ou para a criação de direitos. São efetivamente *faculdades de ação* concedidas aos cidadãos segundo as prerrogativas do próprio Estado e não segundo as exigências da natureza humana. Só isto já seria suficiente para marcar a separação entre os direitos democráticos da filosofia política moderna e tais direitos democráticos do Estado contemporâneo. Mas o que há de pior na passagem de um para outro é a bem-sucedida transformação da essência da democracia, que envolve uma transformação da essência dos direitos subjetivos dentro da democracia: enquanto a democracia deixou de ser concebida como criação de direitos e de igualdades políticas e passou a ser justificada como estrutura representativa em que os direitos são planos de ação permitidos exclusivamente pelo Estado, os direitos, concebidos pela filosofia política moderna como versão política ou jurídica das necessidades ou desejos naturais ou civis, passaram a ser reconhecidos como bens privados, cujo preço e cuja posse depende da autorização do poder transcendental do Estado. Ou seja, os direitos subjetivos no mundo contemporâneo só podem existir enquanto direitos reconhecidos explicitamente para tal ou qual cidadão pelo ordenamento jurídico combinado com o jogo administrativo da máquina estatal, e só podem ser exercidos desde que não haja impedimentos materiais para tanto. Direito é exercício, já havia reconhecido Espinosa ao definir *jus* como *potentia*. Mas, ao contrário do filósofo seiscentista, para o pensamento

político-jurídico a partir do século XIX quem determina a liberdade de ação do indivíduo não é ele próprio nem nada em seu interior, mas exclusivamente o que move as atividades institucionais do Estado, senão mesmo o que estiver fora da cena política e influenciar, por um instrumental basicamente econômico, as decisões ou chancelas do Estado. É esse o conteúdo nuclear da prática política democrática do Estado-nação, mesmo quando este é posto em xeque. E, porque tal prática não precisa mais ser aplicação no mundo concreto de princípios filosóficos de uma filosofia que pense a democracia como mundo das igualdades, mas, ao contrário, precisa de um instrumental ideológico que a justifique perante a opinião pública, perante a administração interna e perante a própria história do pensamento, ergue-se ao lado do Estado-nação uma filosofia jurídica contemporânea cuja tarefa central, em lugar de pensar planos ideais de vida jurídica, é na verdade justificar incessantemente a validade da estrutura do próprio Estado, e conseqüentemente a validade de uma prática política que, por força de determinações materiais e principalmente econômicas, está condenada a não dar acesso aos direitos e garantias fundamentais que sua própria Constituição estabelece. Não por acaso, o direito constitucional se realiza acima de tudo no plano dos costumes: em lugar de os direitos reconhecidos pela ordem constitucional serem concretizados na vida vivida dos cidadãos, a sua ineficiência prática gera iniciativas dispersas de adaptação social e individual à concretização dos direitos, que a legislação só repercutirá com grande atraso.

Por tudo isso, filosofia política e filosofia jurídica se mantiveram consideravelmente separadas por um século e meio, sem que cada campo sentisse grande falta do outro. Ao contrário, é significativo que as filosofias de cada um desses dois campos vissem nas doutrinas ou teorias adversárias um modelo de irrelevância – por força das maneiras inconciliáveis com que viam a relação entre Estado e o ato de criação de direitos: para a filosofia política, o Estado deveria consagrar e proteger direitos que fossem criados em qualquer ordem; para a filosofia jurídica, só o Estado cria os direitos e nem por isso perde sua soberania ou validade se não consegue protegê-los ou garanti-los. Quando, na segunda metade do século XX, se esboça uma reaproximação da filosofia jurídica com a filosofia política – não por acaso, pensando os horrores da Grande Guerra e incluindo ambas o novíssimo tema dos direitos humanos em um formato adaptado das primeiras declarações revolucionárias –, a filosofia jurídica teve de dar adeus ao apego excessivo ao formalismo jurídico e, mesmo quando vinculada a referências filosóficas de nível sofisticado como a filosofia kantiana, foi obrigada a rever a sua própria estrutura e adaptar-se à reflexão filosófica que atenta para os valores éticos e exige do Estado não apenas eficácia institucional mas fundamentação racional. Ao menos dois grandes movimentos de renovação da filosofia jurídica na segunda metade do século XX devem ser reconhecidos como experiências bem-sucedidas neste sentido: o movimento, centrado na França, de uma nova historiografia do pensamento jurídico que inaugura devidamente a história da filosofia do direito sem interesses justificatórios do poder – e cuja maior referência é Michel Villey – e o movimento anglo-saxão de reflexão sobre a justiça contemporânea que visa abrir à filosofia do direito uma projeção de soluções jurídicas fundamentadas novamente na noção moderna de igualdade política – e cuja referência principal, mais em ra-

zão do impacto do que da consistência, é John Rawls.

Tomando estas duas referências – história do pensamento jurídico de um lado, e teorias da justiça do outro –, temos as duas principais opções de renovação que se abriram à filosofia do direito desde que esta não mais conseguiu se manter afastada da filosofia política. As experiências extremamente violentas do século XX, e principalmente a visibilidade dessas experiências pela sociedade civil, evidenciaram a fragilidade do projeto de mera justificação das instituições jurídicas e indicaram a necessidade de se pensarem os fundamentos éticos e políticos do Estado, esse leviatã eminentemente jurídico. Deu início, igualmente, a uma nova fase da filosofia do direito a partir da qual esta se divide em basicamente três orientações: uma história do pensamento jurídico, uma teorização sobre a justiça, uma justificação da prática jurídica. No interior das duas primeiras estão os movimentos renovatórios do pensamento jurídico, mas que por isso mesmo são basicamente mais pensamento filosófico do que pensamento jurídico. É no interior da terceira orientação – aquela que insiste em fazer da filosofia jurídica uma reflexão sobre a validade do Estado e uma justificação da sua eficácia ou inoperância – que se move ainda e se moverá indefinidamente a quase totalidade do pensamento jurídico. É *da natureza* do pensamento jurídico contemporâneo, ao justificar a separação entre Estado e cidadãos no ato de criação de direitos, tornar irrelevante tanto a história da filosofia quanto a reflexão sobre a justiça. É da natureza desse pensamento jurídico fazê-lo por pelo menos dois motivos graves: primeiro, sua vinculação ideológica, que articula um discurso formalmente filosófico com a finalidade de garantir a preservação de uma ordem econômica que é fundadora e alimentadora das desigualdades sociais e civis; em segundo lugar, por não ser constituída enquanto história da filosofia, ela não se alimenta de uma conceituação precisa nem apresenta justificação racional, o que significa que é praticamente uma pseudo-filosofia. A tais motivos poderia perfeitamente ser acrescida a característica de essa mesma orientação teórica ver-se a si mesma como independente das filiações filosóficas ou da exigência originária de consistência teórica ou racional, a ponto de alcinhar-se orgulhosamente como pensamento pós-moderno – o que, a meu ver, é a melhor marca da sua irracionalidade. Tal terceira orientação, por ser vinculada a uma justificação de certa influência econômica marcadamente capitalista, por ser incapaz de ir além do formalismo teórico e jurídico, e por se colocar como livre da busca pela consistência conceitual, pode ser chamada de ideologia jurídica.

Apesar dessa separação de fundo entre história da filosofia do direito, teoria da justiça e ideologia jurídica, a filosofia contemporânea do direito em qualquer de seus momentos sabe que paga um preço alto ao deixar de lado os conceitos-chave do pensamento político e, em suas manifestações mais esclarecidas, busca uma continuidade conceitual mais visível, porém sempre com a finalidade de retornar à missão original do pensamento jurídico: pensar a experiência jurídica. Resta saber se a filosofia do direito tem de fato condições de pensar os direitos na democracia, além de pensar os direitos no Estado. Numa perspectiva especificamente ideológica, a questão dos direitos na democracia se converte automaticamente na questão sobre os direitos reconhecidos pelo Estado democrático, ou seja, na reflexão sobre quais são os direitos civis reco-

nhecidos como válidos, sobre as condições de acesso a tais direitos e principalmente sobre a justificação da impossibilidade material de se garantir tal acesso. Tal justificação é de ordem basicamente econômica. Embora o Estado tenha – segundo a ideologia jurídica – o direito de coletar impostos justamente porque tem o dever de garantir acesso a direitos – ou seja, a bens, a serviços –, é comum se verificar a dificuldade que o cidadão, dependente em maior ou menor grau dos serviços do Estado, tem em ter acesso aos bens ou serviços prometidos pelo Estado. Embora se apresente sempre uma justificativa de ordem econômica – como insuficiência de recursos ou morosidade típica dos procedimentos de acesso aos bens e serviços –, o fato é que a ineficácia em tal acesso se deve, em última instância, a uma organização ineficiente dos próprios procedimentos de acesso. Simultaneamente, o mesmo Estado que cobra impostos de seus cidadãos e não lhes dá acesso aos bens e serviços está sempre resguardado em sua posição de impunidade administrativa, no sentido de que está sempre armado institucionalmente para se defender das denúncias de sua ineficiência. Ou seja, enquanto os direitos democráticos são, numa perspectiva racional, pensados como direitos que correspondem a um estabelecimento de igualdade em todos os níveis – tanto igualdade na atribuição de direitos, como igualdade na sua concretização –, na prática histórica os direitos se reduzem a bens que podem ou não ser concedidos conforme o mercado político-jurídico os ponha à disposição. Por serem concebidos como bens econômicos e não como bens éticos, os direitos se esfacelam na prática democrática contemporânea, e qualquer que seja a sua forma na cena política ou social, ela corresponderá não a práticas efetivamente exercidas, mas a privilégios pelos quais se pode ou não pagar até o limite.

As duas formas básicas dos direitos subjetivos no mundo democrático contemporâneo são os *direitos civis* e os *direitos humanos*. Ambos respondem basicamente a ordens distintas: os direitos civis são os direitos dos cidadãos reconhecidos por dada ordem jurídica e constitucional, vinculados a um Estado ao qual ou contra o qual aqueles direitos podem ser reivindicados; os direitos humanos não são vinculados a nenhum ordenamento, mas são bandeiras políticas que apontam para os conteúdos dos ordenamentos que, por sua vez, os incluirão ou não na ordem dos direitos civis. Eis a questão de fundo a respeito da validade ou não, da eficácia ou não, dos direitos humanos na democracia: seu drama é marcado pelo fato irrecusável de os direitos humanos não serem direitos civis, pelo próprio fato de se colocarem na cena política como direitos humanos corresponder à sua inexistência ou irreconhecimento como direitos civis, ou pior: ao fato de, apesar de já terem sido acolhidos na forma de direitos civis, não serem acessíveis como tais. Este último caso, em que direitos civis não são exercidos por uma iniciativa do próprio Estado a quem eles devem ser reivindicados, é o pior dos mundos possíveis – e é nele que vivemos. É a realidade de qualquer economia neoliberal concentrar o máximo de poder sobre a atividade política, não na forma de atividade política profissional ou executiva, mas por meio da verdadeiramente eficaz influência econômica sobre os agentes da vida política que articulam as estruturas burocráticas do Estado. Quanto maior a dependência dos agentes do Estado diante dessa influência econômica, maior a separação entre Estado e sociedade civil, entre Estado e cidadãos, en-

tre democracia e justiça. E, porque o poder do Estado contemporâneo é *fundado* numa separação formal entre suas próprias instituições e cada um dos seus cidadãos – ou melhor, seus súditos –, ele constitui um terreno propício a essa influência da economia sobre as orientações da política, a qual se exerce como uma influência de grupos econômicos específicos que, por meio do *lobby* declarado ou difuso, constituem o verdadeiro poder que governa qualquer sociedade. Porque a economia tem influência efetiva sobre quem formalmente conduz cada instituição do Estado, os direitos não podem, na democracia contemporânea, ser criação dos cidadãos – como se desejava nas filosofias políticas modernas.

Diante de um tal panorama, será possível uma teoria da justiça – uma filosofia jurídica sobre a justiça – que efetivamente aponte para a prática concreta da justiça social ou da justiça individual com base no próprio direito estatal, ou *apesar* deste direito estatal? Será possível às obras de historiografia da filosofia do direito elucidar os caminhos do pensamento de modo a fazer renascer o Grande Racionalismo jurídico – que aponte o caminho para a prática da justiça apesar do Estado contemporâneo? Será possível à ideologia jurídica incluir honestamente o tema da justiça no seu discurso sobre a democracia? Com respeito a esta última questão, minha resposta é *negativa*. Faz parte da missão da ideologia jurídica garantir a separação entre Estado e cidadãos, que, quando inexistente, produz imediatamente um sistema jurídico contraditório e incapaz de ser controlado pelo Estado – mas que nem por isso é menos democrático. Apesar do Estado, a democracia não apenas é possível como é mesmo inevitável – seja representativa, seja direta. Quero dizer que, apesar dessa estrutura estatal que interfere no pensamento jurídico e faz com que a filosofia jurídica contemporânea se preocupe menos com a justiça social e mais com a justificação estatal, o desejo de liberdade não tem como ser calado; e, conseqüentemente, quando mais o Estado se põe como instrumento de inoperância para a realização dos direitos, mais ele se coloca fora da política, e a verdadeira vida política se pratica fora da perspectiva institucional, como prática clandestina diante da ideologia jurídica, mas como necessidade diante da razão.

A questão sobre se há direitos na democracia nos exige pensar, então, nos limites do próprio pensamento jurídico, em função de um paradoxo essencial que este carrega: pensar a justiça ou pensar a justificação? Não há como trilhar os dois caminhos a partir do mesmo ponto, a partir dos mesmos fundamentos ou princípios. Basicamente a filosofia do direito pode ser realizada como história da filosofia ou como pensamento pragmático, ficando a reflexão sobre a justiça – ou isto a que se costuma chamar “teorias da justiça” – a meio-caminho entre uma e outro, quando não confundido com uma e outro. Mas é impossível confundir história da filosofia com esse pensamento pragmático que se opera como ideologia jurídica, que em sua essência pensa exclusivamente a justificação do poder apesar da inexistência de bases racionais para a sua soberania ou sua eficácia. O tema dos direitos subjetivos, por isso, não tem como ser devidamente refletido no interior de uma filosofia jurídica que seja devotada à justificação do Estado, que seja, portanto, ideologia jurídica. Sua conclusão será não apenas a de que os direitos são bens que podem ou não ser acessíveis, mas principalmente a de que não há como pensá-los ou exercê-los de ou-

tra forma. Nesta perspectiva, a produção da justiça ou de uma distribuição justa de direitos se mostra irrelevante em lugar de se mostrar impossível. Não interessa ao Estado organizar-se de maneira a tornar acessíveis os direitos que reconhece: isto é um fato num mundo em que a ordem econômica capitalista é a influência sobre as estruturas do poder. Mas a filosofia jurídica põe para si mesma uma impossibilidade reflexiva quando toma como pressuposta a impossibilidade de se definir univocamente a justiça e apontar os meios de realizá-la. Um dos maiores exemplos de tal dificuldade em definir a justiça e, conseqüentemente, em refletir sobre o grau de justiça, justeza ou justificação do Estado numa democracia é o pensamento de Hans Kelsen, que a despeito de tantos textos sobre a justiça – a quase totalidade deles escrita após a primeira edição da sua *Teoria pura do direito* –, evitou defini-la ou simplesmente não teve como fazê-lo sem arriscar implodir sua própria concepção formalista do direito. Ocorre que, para se pensar tanto os direitos subjetivos como a democracia, não há como ignorar impunemente o caráter afetivo e concreto de ambos na ordem das subjetividades, não há como ignorar a presença dos direitos subjetivos como reflexo de realidades plenamente concretas que são as necessidades individuais e coletivas em sociedade, não há como ignorar a presença da democracia como reflexo dessa realidade concreta que é o desejo por justiça igualmente presente em cada sujeito ou cidadão. A discussão a respeito da existência ou do caráter dos direitos subjetivos (sejam civis, sejam humanos) numa democracia (seja direta, seja representativa) não tem como ignorar a reflexão sobre a justiça.

Esta reflexão tem sido levada a cabo por uma infinidade de autores nos últimos anos, mas ainda assim posso dizer que a justiça continua sendo um tabu para esse mesmo pensamento jurídico, no sentido de que se evita defini-la e aplicar na prática o definido. Afinal, sendo a justiça um conceito ético e político, ela é de difícil percepção pelo pensamento jurídico contemporâneo – donde a dificuldade de Kelsen em defini-la, mas principalmente em conviver com ela –, e o trabalho de definição da justiça exige do pensador do direito um esforço de adaptação à própria filosofia enquanto um agir racional, enquanto um agir separado da ideologia e, conseqüentemente, da vinculação com aqueles mesmos interesses econômicos que influenciam as decisões do Estado. Não se trata, de forma alguma, de produzir um conceito de validade universal ou unívoco, pois sabemos todos que isto não só é impossível como nem é necessário. A dificuldade já se resume a poder apresentar um conceito de justiça que se mostre acessível ao pensamento jurídico e principalmente imune à negação pela ideologia jurídica. Paradoxalmente, a história do pensamento jurídico sempre teve presente a noção clara de que a avaliação de um fato como justo ou injusto era absolutamente relativa, variável, dependente dos gostos e preferências daquele que julga; mas nem por isso a noção íntima da justiça deixou de ser posta com certa univocidade original, garantida pela própria experiência jurídica, garantida portanto por algo mais determinante do que uma ordem contingente. *A justiça é uma prática, antes de ser concebida como valor.* A justiça é uma arte: arte de se atribuir o devido a alguém. Longe de se perder na história do pensamento ou das instituições, essa noção não tem como ser retirada de qualquer definição de justiça, e portanto constitui sua essência. Podemos dar-lhe formas

mais extensas em maior ou menor grau, podemos engatilhar uma discussão sem fim quanto ao que é justo em cada caso, mas não podemos retirar do cálculo da justiça a noção de atribuição de um devido. Embora os juristas romanos jamais tenham colocado explicitamente a noção de um direito subjetivo (esta só aparecerá no pensamento latino medieval, explicitamente em Abelardo), a noção de um “devido” já preenche o seu papel. Não apenas: *a justiça é uma ação em resposta a uma violência*. Deve-se atribuir o devido exatamente porque não se tem acesso a ele. Se há o devido a alguém, seja por natureza ou por convenção, e este exige ser ainda atribuído ao seu titular, é porque o devido é pensado como um *crédito*. É uma visão já patrimonialista da justiça, mas que se aplica a qualquer concepção de um direito que deve ser respeitado. Essa concepção do devido como um crédito – não como um bem ou como um serviço, mas como um crédito –, é um núcleo inevitável para se pensar o justo ou injusto. Não há, na essência dessa concepção clássica, a indicação de que crédito e atribuição são determinados pelo Estado, ainda que este problema já possa ser aí colocado. Mas há a idéia muito clara de que, mais do que uma potencialidade ou um efeito, a justiça é uma atitude que repara uma situação indevida, é uma atitude que repõe as coisas em ordem, que pacifica o mundo, que supera a violência ali onde ela foi sentida. Não há justiça sem violência anterior a ela, pois a justiça é uma reparação de uma violência.

Poderá o pensamento jurídico contemporâneo incluir a noção de violência como aquilo que exige a prática da justiça, sem que tal violência seja calculada exclusivamente pelos índices institucionais? Ou, inversamente, poderá conceber a justiça como recomposição de uma violência que se indica não por arbítrio estatal separado do cidadão, mas por algo na estrutura do indivíduo ou da sociedade? Penso que a recuperação da noção de justiça como resposta pacificadora a uma violência que é fisicamente sentida é o grande desafio de qualquer teoria da justiça, e mais ainda de qualquer ideologia jurídica que se pretenda valer como filosofia. Neste sentido, os direitos humanos, historicamente eficazes como bandeiras de reivindicação e historicamente ineficazes como direitos civis reivindicáveis ao Estado, fazem sentido enquanto indicativos públicos de violências que não podem ser toleradas (porque não podem ser tidas como toleráveis sem que se prejudique a sensação de igualdade de direitos). Qual é o “devido” a que apontam os direitos humanos? Não me parece ser o conteúdo material de cada um dos direitos exigidos em suas típicas reivindicações: direito à moradia, direito à segurança, direito à propriedade, etc. Parece-me ser, sempre, o próprio princípio contemporaneamente perdido da democracia: a sensação de igualdade de direitos. Digo *a sensação* da igualdade, e não a própria igualdade. Se o pleito pelos direitos humanos fosse efetivamente um pleito por igualdade, seria um pleito por direitos civis – ou seja, direitos efetivamente jurídicos, criados no interior da ordem jurídica e que portanto exigiriam dos seus requerentes um ingresso nessa mesma ordem, o que não contém nada de absurdo. Ao contrário, ao pleitear respeito aos direitos humanos, ninguém aponta para uma legislação específica; antes, aponta para o desamparo a que o Estado sujeita seus cidadãos por causa da ineficiência prática da sua legislação. O pleito pelos direitos humanos vale mais enquanto ato de manifestação pela criação dos direitos do que como instrumento de proteção de direitos:

trata-se, de fato, de proteger direitos que já existem enquanto direitos civis ou de incluir no rol dos direitos civis aqueles que ainda não o foram. Enquanto ato de manifestação, o pleito pelos direitos humanos não pode se cegar a ponto de evitar ingressar no debate pela criação dos direitos civis – e tal cegueira ocorre constantemente desde que os próprios manifestantes evitem atuar diretamente na produção legislativa dos instrumentos de criação e proteção dos direitos civis. Mas, num ambiente em que a democracia é quase que exclusivamente pensada como prática dependente de representação política, a insistência na idéia de direitos que deveriam ser reconhecidos aos seres humanos exclusivamente pelo fato de serem humanos é uma aposta numa das características fundamentais da democracia: a busca pela sensação de igualdade. Ao se colocarem como excluídos, os manifestantes pelos direitos humanos colocam igualmente um desejo de igualdade que, por si só, é uma concepção democrática; *só não devem se limitar a isso*, muito menos se concentrar nessa manifestação – sob o risco de se cair numa democracia sempre incompleta, sempre idealista, sempre anti-política, porque não ingressa efetivamente na ordem política visto que não ingressa na ordem dos direitos civis. A ordem política é a ordem dos direitos civis, e não dos direitos naturais. E se numa democracia civil a igualdade de participação na vida política pode ser efetivamente exercida por cada cidadão já na forma de igual participação no debate pela criação dos direitos civis, no discurso dos direitos humanos há a necessidade de realizar uma passagem que implica na própria superação dos direitos humanos, marcada pela fundação de direitos civis que são, estes sim, pleiteáveis e disputáveis no cenário político. À filosofia jurídica cabe refletir especialmente sobre esses direitos civis e, numa perspectiva ética, investigar as causas para a dificuldade de sua definição, sua proteção e, conseqüentemente, sua reivindicação. Direitos numa democracia não devem ser, do ponto de vista da razão, meras faculdades definidas ao arbítrio seja do Estado (que está fora da política enquanto é dirigido por interesses privados) seja do discurso dos direitos humanos (que está fora da política enquanto se põe como discurso universalista); não devem ser meras potencialidades, o que lhes põe como incessantemente inalcançáveis. Os direitos não devem ser sequer aquele crédito, aquele devido referido pela noção clássica de justiça. *Os direitos numa democracia devem ser a própria prática da justiça*, devem ser a própria consumação de uma atribuição do devido, devem ser a própria superação da violência que é definida pela ausência de democracia, pelo cálculo dos direitos enquanto privilégios. Os direitos democráticos devem ser, portanto, algo além dos próprios direitos civis, que em si mesmo são vazios de conteúdo histórico e estão apenas à mão como instrumentos para a afirmação da cidadania. Resta saber se a filosofia jurídica é capaz de sustentar uma tal concepção, pois esta supera tanto a noção de direitos humanos (que ainda não são civis) como a de direitos civis (que tomados em si mesmos não envolvem nenhuma prática de justiça). Se isso for possível, então a filosofia jurídica terá, verdadeiramente, alcançado o patamar da ética e da filosofia política, pois terá conseguido identificar justiça e democracia.