

A JUSTIÇA DE RAWLS E O PÓS-POSITIVISMO

José Alexandre Franco

Mestrando em Direito Processual pela UERJ.

Professor de Direito Processual Penal.

Juiz Federal Substituto do TRF/1ª Região.

Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil.

Foi Promotor de Justiça em Minas Gerais.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça. Pós-positivismo. Direitos fundamentais.

RESUMO: O estudo aborda as variadas concepções de justiça e fundamentação pós-positivista dos direitos fundamentais, revelando o retorno a Kant e a superação do utilitarismo e do proceduralismo. Também enfatiza a moderna teoria da justiça de Rawls e os seus principais críticos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As variadas concepções de justiça. 3. O retorno a Kant e a fundamentação pós-positivista dos direitos fundamentais. 4. A superação do utilitarismo. 5. O proceduralismo. 6. A justiça de J. RAWLS. 6.1 Justiça como equidade. 6.2 Alguns dos principais críticos da teoria de Rawls. 7. Conclusão. Bibliografia.

A JUSTIÇA DE RAWLS E O PÓS-POSITIVISMO

1. Introdução

A justiça deve, provavelmente, ser o tema mais discutido em toda a sociedade humana, e que milhares de anos não conseguiram apontar sequer uma pretensa uniformidade de fundamentos ou de idéias. Desde o passado grego até a modernidade os filósofos têm esboçado as suas comparações de justiça, sem, contudo, poder arriscar a proximidade de conclusões definitivas. Desvendar os segredos da justiça é tão desafiador para os filósofos como descobrir os mistérios das origens do universo para os astrônomos.

O movimento filosófico depois da Segunda Grande Guerra inicia uma nova reflexão do direito e da sua função social, voltando à cena a discussão dos princípios e das regras precursores de uma verdadeira teoria dos direitos fundamentais, que marca a virada kantiana. Volta-se a discutir o direito e a ética, revelando o valor intrínseco da dignidade da pessoa humana preconizada outrora, colocando o homem como fim do direito, não meio. É o pós-positivismo fundamentado na ascensão dos valores, no reconhecimento da normatividade dos princípios e na essencialidade dos direitos fundamentais.

Neste contexto, a teoria de JOHN RAWLS surge na década de setenta, marcando o renascimento da discussão da justiça como valor imprescindível à sociedade contemporânea. Busca nas concepções kantianas a noção da indispensabilidade de tratar o homem como fim da justiça, não meio. Resgata o homem como objetivo maior da sociedade, enquanto o centro de toda a racionalidade, não obstante acidamente criticado, inclusive por quem o atacaram por ser extremamente proceduralista ou por defender a idéia de justiça jurisdicionalizada.

Este estudo tem por proposta analisar as concepções de justiça e sua relação com o pós-positivismo, em especial a doutrina de RAWLS com seus críticos e seguidores, que sem dúvida representou importante momento da filosofia política no último século.

2. As variadas concepções de justiça

Desde a concepção cósmica, pela qual justo seria que cada coisa ocupasse seu lugar no universo, discute-se com profundidade e veemência, mas sem acordo, o exato delineamento de justiça. Logo destacaram os seus aspectos sociais, aplicando-se aquela noção cósmica aos seres humanos em que dada uma ordem social aceita, qualquer alteração dela seria injusta. Depois a justiça como equilíbrio no intercâmbio de bens entre os membros da sociedade. Se houvesse desequilíbrio haveria injustiça, que deveria ser compensada. Neste sentido chegou-se a considerar justo vingar o dano em igualdade “olho por olho, dente por dente”. A distinção sofista entre o que é “por natureza” e o “por convenção” abalou a sua noção, ao considerar que a justiça é “por convenção”, ou seja, algo seria justo quando se chegasse a um acordo sobre o que fosse justo, e injusto quando se concordasse que fosse injusto. Em contraposição PLATÃO declarou que a justiça seria condição para a felicidade, pois, conforme SÓCRATES, o homem injusto não poderia ser feliz. Interessou-se pela justiça como virtude e como fundamento da constituição e da estabilidade da ordem social da cidade-estado. Considerou a justiça como uma virtude extrema, cujo exercício deveria ser levado às últimas conseqüências, ainda que o mundo percesse (*fiat iustitia, pereat mundus*).

ARISTÓTELES (*Política*) aceitou as idéias de PLATÃO, mas dividiu a justiça em distributiva (de honras, fortuna e outros bens) e comutativa (intercâmbio), enquanto as concepções cristãs superaram as clássicas gregas pela caridade e pela misericórdia, pois o essencial seria amar. A justiça daria a cada um o que fosse seu. Na caridade, até mais que o devido! O primado da caridade, porém, não impediu SANTO TOMÁS considerar a justiça como um modo de regulação das relações humanas. Seguindo ARISTÓTELES dividiu a justiça em comutativa (troca entre os membros da sociedade), distributiva (participação) e legal (leis a serem obedecidas), acolhida por muitos autores.

Também foi comum distinguir a lei divina da natural. A teoria do jusnaturalismo, desenvolvida por GROTIUS, entendeu a justiça fundada na lei natural, onde as leis positivas seriam justas somente na medida em que estivessem de acordo com aquela lei. HOBBS pareceu defender uma concepção de justiça baseada no poder absoluto do soberano, que representaria o acordo dos membros da sociedade para se evitar a guerra de todos contra todos em um suposto estado de natureza. Por meio de um contrato social os membros de uma sociedade delegariam poderes ao soberano absoluto, cujas leis deveriam ser obedecidas, ainda que não fossem justas, pois ninguém teria direito a desobedecê-las ou criticá-las.

Os utilitaristas, como HUME, consideraram, embora por razões distintas, que o justo seria o que estivesse em conformidade com o interesse de todos os membros da sociedade. Era a justiça equiparável à utilidade pública, fundada na premissa do maior bem possível para o maior número possível de indivíduos.

As teorias modernas discutem, sobretudo, a questão do que seria justo para o indivíduo dentro de uma sociedade. Na maior parte dos casos tratam de uma distribuição de bens materiais ou não-materiais. As doutrinas e os sistemas sociais e políticos incorporaram a idéia de justiça freqüentemente apresentada como modelos para sua aplicação, consoante o conservadorismo, o liberalismo, o socialismo, o comunismo, o anarquismo e outros movimentos.

O problema da justiça sempre foi relacionado ao da igualdade humana, em razão do seu aspecto assumido supostamente de dar a cada um o que lhe for devido, o que estaria, segundo AMARTYA SEN, na base de todas as suas diversas teorias. PERELMAN, por exemplo, afirma haver seis tipos de noção de justiça: i) a cada um o mesmo, ii) a cada um segundo seus méritos, iii) a cada um segundo seus atos, iv) a cada um segundo suas necessidades, v) a cada um segundo sua posição e, vi) a cada um segundo o que é atribuído pela lei. Todas as acepções seriam incompatíveis entre si, mas haveria algo em comum quando decidido aplicar sobre elas uma formalização suficiente. Daí seu conceito de justiça

como um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial deveriam ser tratados do mesmo modo.

3. O retorno a Kant e a fundamentação pós-positivista dos direitos fundamentais

Como muitos outros filósofos¹, KANT pensava que a moralidade poderia resumir-se num princípio fundamental, a partir do qual se derivariam todos os nossos deveres e obrigações, que chamou imperativo categórico, assim expressado: age apenas segundo aquela máxima que possas ao mesmo tempo desejar que se torne lei universal (*Fundamentação da Metafísica dos Costumes* de 1785). Depois complementou que o princípio moral essencial afirmaria: age de tal forma que trates a humanidade, na tua pessoa ou na pessoa de outrem, sempre como um fim e nunca apenas como um meio. Ele acreditava que a moralidade exigiria tratar as pessoas sempre como um fim e nunca apenas como um meio, significando exatamente que o valor dos seres humanos estaria acima de qualquer preço. Não tinha em mente apenas um efeito retórico, mas sim um juízo objetivo sobre o lugar dos seres humanos na ordem das coisas.

Haveria dois fatos importantes sobre as pessoas que apoiassem, do seu ponto de vista, este juízo. Primeiro, uma vez que as pessoas têm desejos e objetivos, as outras coisas só teriam valor para elas em relação aos seus projetos. As meras coisas, incluindo os animais que não são humanos, teriam valor apenas como meios para fins, sendo os fins humanos que lhes dariam valor. Um manual de xadrez só teria valor para quem pretendesse, como objetivo, se tornar um melhor jogador. Mas de nada valeria para quem, por exemplo, não jogasse nem quisesse jogar xadrez. Segundo, e ainda mais importante, os seres humanos teriam um valor intrínseco, isto é, dignidade, porque seriam agentes racionais livres com capacidade para

¹ Segundo RACHELS, James. Tradução de F. J. Azevedo Gonçalves. Excerto retirado da obra *Elementos de Filosofia Moral*, Lisboa: Gradiva, 2004 [http://www.criticanarede.com/fa_13excerto.html, em 7/4/2004].

tomar as suas próprias decisões, estabelecer os seus próprios objetivos e guiar a sua conduta pela razão. Uma vez que a lei moral seria a lei da razão, os seres racionais seriam a encarnação da lei moral em si. A única forma de a bondade moral poder existir seria as criaturas racionais apreenderem o que deveriam fazer e, agindo a partir de um sentido de dever, fazê-lo. Se não existissem seres racionais a dimensão moral do mundo simplesmente desapareceria. Não faria sentido, portanto, encarar os seres racionais apenas como um tipo de coisa valiosa entre outras. Eles são os seres para quem as meras coisas teriam valor, e são os seres cujas ações conscientes teriam valor moral. Conclui que o seu valor tem de ser absoluto, e não comparável com o valor de qualquer outra coisa, significando o dever estrito de beneficência relativamente às outras pessoas, de lutar para promover o seu bem-estar, respeitar os seus direitos, evitar fazer-lhes mal e, em geral, empenhar promover a realização dos fins dos outros.

Mas a sua idéia tem uma implicação mais profunda, pois os seres humanos são racionais, e tratá-los como fins em si significa respeitar a sua racionalidade. Assim, nunca se poderia manipular as pessoas, ou usá-las, para alcançar os objetivos, por melhores que pudessem ser. Exemplifica a hipótese daquele que, precisando de dinheiro, pretendesse um empréstimo, embora sabendo que não conseguiria pagá-lo. Em desespero, cogita fazer uma falsa promessa de pagamento de maneira a levar um amigo a emprestar-lhe o dinheiro. Talvez precise do dinheiro para um propósito meritório — tão bom, na verdade, que poderia convencer-se a si mesmo de que a mentira seria justificada. No entanto, se mentisse ao seu amigo, estaria apenas a manipulá-lo e a usá-lo como um meio. Por outro lado, como seria tratar o seu amigo como um fim? Suponha que dissesse a verdade, porque precisava do dinheiro para um certo objetivo, mas não seria capaz de devolvê-lo. O seu amigo poderia, então, tomar uma decisão sobre o empréstimo. Poderia exercer os seus próprios poderes racionais, consultar os seus próprios valores e desejos, e fazer uma escolha livre e autônoma. Se decidisse emprestar o dinheiro para o objetivo declarado, estaria a escolher fazer seu esse

objetivo. Dessa forma, não estaria a usá-lo como um meio para alcançar o seu objetivo, pois seria agora igualmente o objetivo dele. É isto que pretendia quando afirmou que os seres racionais têm sempre de ser estimados simultaneamente como fins, isto é, somente como seres que têm de poder conter em si a finalidade da ação.

De certa forma o pós-positivismo, como forma de superação do legalismo e de reconhecimento de valores comuns da sociedade, representou uma volta à teoria kantiana. O positivismo jurídico decorreu da importação das idéias do positivismo filosófico para criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais², buscando uma pretensa objetividade científica, com ênfase à realidade observável que apartou o direito da moral e dos valores transcendentos. Teve em KELSEN, com a sua Teoria pura do direito, o ápice do seu normativismo, com a aproximação quase completa do direito da norma, a afirmação da sua estatalidade, a completude do ordenamento jurídico e o seu formalismo. Foi a filosofia dos juristas no começo do século XX, quando se pretendeu reduzir o Direito ao conjunto de normas em vigor, talvez influenciado na Europa continental pelos efeitos dos espíritos da Revolução Francesa e o momento histórico seguinte. Em seu sentido mais profundo pretendeu, segundo HESPANHA “constituir um manifesto contra os totalitarismos políticos de seu tempo, que, num sentido ou noutro, procuravam funcionalizar o direito em relação às conveniências do poder, legitimando-o a partir de considerações políticas como o domínio de classe (estalinismo) ou as necessidades vitais de uma raça (nacional-socialismo)”³. Não obstante se revelou numa ideologia movida por juízos de valor, cujo fetiche da lei e legalismo acrítico se prestaram às variadas formas de autoritarismo, como o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha.⁴

² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. RDA, Rio de Janeiro, 225: 5-37, jul./set. 2001.

³ HESPANHA, António Manuel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Portugal : Publicações Europa-américa, 1997.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* nota 2.

O momento histórico posterior à 2ª guerra mundial serviu para inspirar um novo movimento para reflexão do direito e da sua função social, sua interpretação com a definição de valores e, principalmente, a discussão de princípios e de regras precursores de uma teoria dos direitos fundamentais. Aí surge o que se pode denominar de pós-positivismo jurídico fundamentado, de maneira mais evidente, na normatividade dos princípios e o retorno da discussão dos valores, com a reaproximação da ética do direito. É o constitucionalismo moderno que os alemães chamaram de virada kantiana, com a Constituição sendo encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permável de valores jurídicos supra-positivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central⁵. Os princípios se prestam a condensar valores e dar unidade ao sistema, além de condicionar a atividade do intérprete. No Brasil despontam os princípios da razoabilidade, como meio de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, e o da dignidade da pessoa humana, identificado como um espaço de integridade moral a todas as pessoas pelo fato de simplesmente existirem, cujo núcleo seria o mínimo existencial. Ainda realça o acesso à justiça como elemento instrumental indispensável para a exigibilidade e a efetivação dos direitos, podendo destacar a prestação jurisdicional efetiva como direito fundamental decorrente tanto da dignidade da pessoa humana como do próprio Estado Democrático de Direito.

Em síntese, conclui BARROSO, o pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* nota 2.

hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.⁶

O pós-modernismo jurídico — segundo uma das acepções do pós-positivismo — traria uma reação contra as tendências generalizadoras e racionalizadoras da modernidade. Apresenta-se menos conformado e mais crítico em relação ao senso comum, com tendência a problematizar tudo o que possa ser visto como uma imposição ao cotidiano. No domínio do direito converge no sentido de desvalorizar o direito — geral, abstrato, heterônomo, planificador — do Estado.⁷

A indeterminação do direito e a conexão entre o direito e a moral estão na agenda prioritária da reflexão atual que, segundo CALSAMIGLIA⁸, seriam problemas surgidos com o pós-positivismo. Enfatiza que a teoria positivista seria incompleta, enquanto o pós-positivismo admitiria que as fontes do direito poderiam responder a muitos problemas, pois necessitaria de conhecimento para solucionar os chamados casos difíceis. Em linhas gerais se poderia dizer que existe um esforço pela busca de instrumentos adequados para a sua solução. No pós-positivismo o intérprete do direito e o juiz ocupariam o lugar que antes seria do legislador como objeto de análise das normas, não se podendo, porém, qualificar de equivocada a solução dos juizes ao criar o próprio direito. Por outro lado, contrariamente ao afirmado pelo positivismo clássico, a razão moral representaria um importante papel no campo jurídico, havendo uma relação intrínseca entre o direito e a moral. Arremata, afirmando que o principal ataque dos pós-positivistas tem como objetivo a tese da discricão judicial, e para atacá-la se vêm obrigados a por em questão tanto as teses das fontes sociais do direito como as teses da separação entre o direito e da moral.

4. A superação do utilitarismo

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* nota 2.

⁷ HESPANHA, António Manuel. *op. cit.* nota 3.

⁸ CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. DOXA, 21 : 209-219, 1998.

O utilitarismo seria teoria mais sistemática e abrangente disponível para fornecer uma base de comparação entre instituições e práticas sociais alternativas, mas insatisfatória, segundo RAWLS, pelo menos por duas razões⁹: em primeiro lugar, por não concordar com os juízos ponderados sobre o fato de os direitos individuais não deverem estar sujeitos ao cálculo dos interesses sociais. A proposição central do utilitarismo, em sua forma clássica, seria a da maior felicidade, pela qual o melhor resultado seria o que maximizasse a felicidade agregada dos membros de uma sociedade tomada como um todo, ainda que significasse impor um sofrimento considerável a um ou a alguns membros de uma sociedade¹⁰. Como no caso de uma sociedade de cem pessoas, em que noventa e cinco delas pudessem ficar mais felizes escravizando as outras cinco, forçando-as a realizar tarefas que a nossa sociedade considerasse desagradáveis e aviltantes, mas que as libertariam para atividades mais agradáveis e recompensadoras. Pelo utilitarismo clássico o máximo de felicidade agregada poderia ser alcançado com a escravização de alguns para produzir a maior felicidade para a maioria, então esta ação seria a melhor! Resultados deste tipo colidiriam com os juízos ponderados sobre os direitos que os indivíduos possuiriam e que não deveriam jamais ser sacrificados no cálculo dos interesses sociais.

Em segundo lugar, o utilitarismo pressuporia uma concepção monista do bem como o prazer mental ou, então, e tomado de uma forma mais ampla, o bem-estar psicológico, o que estaria equivocado. Na perspectiva de RAWLS haveria uma concepção pluralista de

⁹ JOHNSTON, David. Traduzido e adaptado por Vítor João Oliveira. Texto retirado da obra *The Idea of a Liberal Theory: A Critique and Reconstruction*, New Jersey: Princeton University Press, 1996, pp. 101-3 [<http://www.criticanarede.com/rawlsutilitarismo.html> em 7/4/2004].

¹⁰ Segundo BERGEL, para conjugar a felicidade pessoal com a felicidade geral, o utilitarismo se nutre de um critério moral consistente em apreciar a qualidade de uma ação de acordo com suas conseqüências sobre a vida individual e social. Embora individualista e liberal, J. STUART MILL pregou a intervenção do Estado em favor da classe deserdada, uma modificação do direito de propriedade, as cooperativas, a liberação política da mulher... O utilitarismo valoriza o espírito empreendedor, a competição, o crescimento, assim como procura corretivos para os abusos individuais ou coletivos (BERGEL, Jean-Louis. Teoria geral do direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2001, p. 23).

diferentes e até incomensuráveis concepções de bem e assim continuaria a ser mesmo que todas as pessoas fossem muitíssimo informadas e racionais. As pessoas possuiriam diferentes valores e formulariam diferentes projetos capazes de ultrapassar a sua própria vida e experiência individual.

O ponto de partida da teoria rawlsiana da justiça é a rejeição do utilitarismo e, em particular, destas suas duas características, tendo por objetivo fornecer um conjunto de princípios que poderiam ser usados para determinar se as instituições e se as ações de uma sociedade seriam justas, consistente com a nossa intuição ou os nossos juízos ponderados sobre o fato de os indivíduos possuírem direitos, que não deveriam jamais ser sacrificados no cálculo dos interesses sociais, e o reconhecimento do fato de nem todos os indivíduos informados e racionais poderem aceitar uma única concepção de bem.

5. O proceduralismo

O liberalismo político, que não se confunde com o *laissez faire* capitalista, é uma teoria normativa sobre a estrutura política básica da sociedade¹¹, cuja essência encontra-se na autonomia do indivíduo e na neutralidade do Estado, onde certos direitos individuais são fundamentais e que sequer o bem estar geral da sociedade pode ser considerado motivo suficiente para violá-los¹². Frequentemente se apresenta como o desenvolvimento de um ponto de vista proceduralista na filosofia política, conforme uma convicção pela qual as instituições políticas que regulam a existência comum em sociedades pluralistas solapariam sua base moral quando endossassem, explícita ou implicitamente, uma concepção de bem

¹¹ No contexto anglo-saxônico liberal significa progressista, com posição política de centro-esquerda e nesse sentido se contrapõe a “*conservative*”. É diferente da acepção de liberal a que estamos acostumados na América Latina, onde é visto como defensor do Estado mínimo e da lei de mercado. Não é o caso de RAWLS e sua teoria. ROUANET, Luiz Paulo. Diversidade cultural e universalidade de valores [<http://geocities.yahoo.com.br/eticaejustica/texto2.html> em 7/4/2004].

¹² CRISPI, Renato. *La crítica comunitária a la moral liberal* [http://cepchile.cl/dms/lamg_1/doc_903.html em 14/4/2004].

viver, ou seja, os ideais de uma vida bem sucedida, convicções religiosas, orientações morais e juízos abrangentes de valor, desde que tivessem alguma relevância prática para a conduta e o sentido de identidade pessoal.

As propostas proceduralistas — ou procedimentalistas — acerca dos padrões de justiça que se impõem (ou que deveriam se impor) nas circunstâncias contemporâneas aparentemente caracterizadas por uma multiplicidade irreduzível de concepções de bem viver são, portanto, especificações da convicção de que a distribuição verdadeiramente justa de bens sociais não poderia deixar de alocar bens a uma das partes envolvidas simplesmente porque sua concepção de bem viver pareceria menos edificante ou menos nobre do que outras concepções, isto é, porque os fins que seriam implementados pelos bens sociais disponíveis seriam menos recomendáveis do que outros fins. A rigor, o diálogo público sobre a legitimação do poder político não poderia invocar a suposta superioridade da concepção de bem dos seus detentores. Contra a suposição proceduralista de princípios reguladores da convivência pública, cujo fundamento racional poderia ser localizado além ou acima das concepções mais ou menos privadas de bem viver, se defende a tese radical segundo a qual padrões para a avaliação imparcial de questões práticas não poderiam ser separados do contexto particular de interpretações de valor e de projetos de vida.

Os modelos proceduralistas de política deliberativa e do discurso de legitimação democrática, baseados no ideal de neutralidade frente a concepções concorrentes de bem viver, defenderiam somente implicitamente a realização de valores e fins próprios à autocompreensão particular dos membros de formações sociais historicamente contingentes. Noutras palavras, qualquer procedimento supostamente neutro refletiria, na situação atual, somente *uma* concepção liberal de bem viver.

JAQUELINE JONGITUD ZAMORA¹³ defende que o procedimentalismo assentaria a idéia da tarefa ética de descobrir os procedimentos legitimadores das normas, os quais permitiriam distinguir quais delas seriam corretas. A função dos procedimentos seria atualizar o conceito de vontade racional, isto é, permitir que todos pudessem querer segundo determinadas condições. Assumiria o caráter universal, mas, no particular, a essência do substancial. Para o procedimentalismo os conteúdos concretos excederiam o campo da ética, pois corresponderiam ao mundo da vida. Intentaria dar razões à pretensão da universalidade da moral e poderia ser descrito sem depender dos diversos contextos. Finalmente, esta corrente de pensamento continuaria a distinção moderna entre o justo e o bem, ainda que isto não implicasse a negação ou a ausência do conceito de bem nas diversas propostas de procedimentalismo. Também destaca a importância do poder abstrair-se do mundo da vida para realizar, mediante um procedimento racional, a revisão e a crítica deste mesmo mundo que de outra forma restaria imunizado. No caso de RAWLS, ainda que sua proposta fosse procedimentalista, se apresenta com princípios substantivos da justiça, que seria a virtude mais importante das instituições sociais e o fundamento da inviolabilidade da pessoa, que nem o bem estar social pode superar.

A crítica comunitarista de MICHAEL SANDEL, exposta por RENATO CRISPI¹⁴, mostra como a república processual rawlsiana se manifestaria hegemonicamente nas decisões da Suprema Corte Americana, e examina como o discurso político republicano teria sido desprezado pelo proceduralismo. Para ele, a ênfase na idéia de um estado neutro, típico do liberalismo político, resultaria na extinção de uma teoria política contrária: a idéia republicana clássica.

¹³ ZAMORA, Jaqueline Jongitud. Teorias éticas contemporâneas. [<http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero5/teorias.htm> em 14/4/2004].

¹⁴ CRISPI, Renato. *op. cit.* nota 12.

6. A justiça de J. Rawls

John Bordley Rawls nasceu em Baltimore, Maryland, USA, em 1921. Casou-se com Margaret Warfield Fox em 1949, com quem teve os filhos Anne Warfield (1950), Robert Lee (1954), Alexander Emory (1955) e Elizabeth Fox (1957). Estudou na Princeton University, onde se formou em filosofia (Ph.D.). Foi professor na Universidade de Harvard. Morreu aos 81 anos, de insuficiência cardíaca, em Lexington, Massachusetts, em 2002. Escreveu extensa obra filosófica que marcou época, servindo de paradigma para conceituada evolução doutrinária, em que se destacam *Uma teoria da justiça* (1970) e *o Liberalismo político* (1993).

Mas certamente a obra considerada mais importante da filosofia política do século passado foi a sua *Uma teoria da justiça*, cuja publicação, no início da década de setenta, veio dar uma nova vitalidade ao pensamento nesta área do conhecimento. Nela propõe um itinerário para a descoberta e a fundamentação racional dos princípios que deveriam reger a sociedade justa, os quais se adequariam às nossas convicções intuitivas sobre justiça. A sua argumentação situa-se na confluência das correntes culturais distintas do utilitarismo e das teorias do contrato social, visando, explicitamente, criticar a primeira corrente, embora sem recusar o seu conteúdo metodológico. Sua obra pode ser considerada de difícil interpretação, enigmática em vários pontos e ambígua em outros, conforme enfatiza o professor RICARDO LOBO TORRES.¹⁵

No prefácio da edição de 1971 ele próprio explica ter reunido a visão de suas idéias veiculadas em artigos escritos nos últimos doze anos. Sua exposição está dividida em partes: a primeira aborda com maior elaboração a justiça como equidade (1958) e a justiça distributiva: alguns adendos (1968), com capítulos correspondentes aos tópicos liberdade constitucional (1963), justiça distributiva (1967) e desobediência civil (1966). O segundo capítulo sobre o senso de justiça (1963).

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A teoria da justiça de Rawls e o pensamento de esquerda. Revista da Faculdade de Direito. V. 1994. Rio de Janeiro: UERJ, 1997, p. 157-175.

Aponta o objetivo principal de se contrapor ao utilitarismo predominantemente adotado, em razão da importância de seus escritores, como HUME, ADAM SMITH, BENTHAM e MILL, cuja doutrina fora a estrutura para responder às necessidades de seus interesses mais amplos e encaixar no esquema abrangente. Muito embora os seus críticos não tivessem sido capazes de construir uma concepção moderna e sistemática que os combatesse, resultando que muitas vezes parecia ser forçado escolher entre o utilitarismo e o intuicionismo. Tenta generalizar e elevar a uma ordem de abstração a teoria tradicional do contrato social de LOCKE, ROUSSEAU e KANT para oferecer uma explicação alternativa da justiça ao utilitarismo dominante da tradição. Sua teoria é altamente kantiana e, como o próprio autor reconhece, sem originalidade. Tem ambição de possibilitar uma visão mais clara das principais características e da concepção de justiça implícita na tradição contratualista, que acredita ser a concepção que mais se aproximaria dos juízos ponderados sobre a justiça e que constituiria a base moral mais apropriada para uma sociedade democrática. Destacam-se os parágrafos sobre a liberdade igual, o significado da prioridade da liberdade e a interpretação kantiana, que ofereceriam o melhor quadro da sua doutrina. Reconhece as suas dúvidas e agradece as inúmeras críticas e sugestões daqueles que analisaram os manuscritos, como as de ALLAN GIBBARD (1964), entre outros, obrigando-o a incluir uma teoria do bem para responder às objeções ao véu de ignorância. Enumera uma série de autores e estudiosos que o ajudaram no aperfeiçoamento da obra, agradecendo as sugestões e os comentários de NOZICK, por sua incansável ajuda e encorajamento nas últimas etapas.

No prefácio à edição brasileira de 1990 destaca que o texto original em inglês foi submetido a criteriosa revisão para a edição alemã que precedera à edição francesa em 1987 e às demais, inclusive a brasileira. Ressalta o aperfeiçoamento da revisão, cujas edições traduzidas seriam até mesmo superiores à edição em língua inglesa. Enfatiza a justiça como equidade, considerando as idéias centrais de uma concepção filosófica para uma democracia constitucional. Realça a fragilidade da doutrina utilitarista, por não acreditar que ela pudesse

explicar as liberdades e os direitos básicos dos cidadãos como pessoas livres e iguais, o que seria primordial para as instituições democráticas. Vale-se da visão mais geral e abstrata do contrato social usando a idéia da posição original. Tenta superar as deficiências para a explicação da liberdade apontada por HART, em 1973, pois as liberdades e os direitos básicos com sua prioridade garantiriam igualmente para todos os cidadãos as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado e para o exercício pleno e consciente de seus poderes morais nos casos fundamentais. Primeiro pela aplicação dos princípios da justiça à estrutura básica da sociedade pelo exercício do senso de justiça dos cidadãos. Depois pela aplicação dos poderes de raciocínio e pensamento crítico dos cidadãos na formação, na revisão e na busca racional de sua concepção do bem. Também aponta outra deficiência séria na edição original em inglês sobre a definição dos bens primários, que passariam a se caracterizar como aquilo de que as pessoas necessitariam em sua condição de cidadãos livres e iguais e de membros normais e totalmente cooperativos da sociedade durante toda uma vida.

Aponta, porém, embora sustentando sua convicção original, que trataria de modo diferente se fosse escrever agora uma teoria da justiça, pois melhor apresentaria as comparações dos princípios da justiça, considerados como unidade, e o princípio da utilidade média como o único princípio de justiça. Na segunda comparação as partes decidiriam entre os dois princípios de justiça e esses mesmos princípios, mas substituindo o princípio da diferença pelo da utilidade. Também distinguiria com maior precisão a idéia de uma democracia da propriedade privada do estado do bem-estar social, pois em uma democracia da propriedade particular o objetivo seria levar a cabo a idéia de sociedade como um sistema eqüitativo de cooperação ao longo do tempo, entre os cidadãos como pessoas livres e iguais.

6.1 Justiça como equidade

Tem o propósito claro de desbancar o intuicionismo e o utilitarismo, realçando que para RAWLS não haveria justiça sem moral, política ou economia. Parte de duas ponderações. A primeira com a noção de equidade (*fairness*), que rege toda a sua teoria da justiça, e que se daria no momento inicial definidor das premissas com as quais se construirão as estruturas institucionais da sociedade (o acordo sobre os princípios da justiça é alcançado numa situação inicial que é eqüitativa). E sua teoria também tem matriz no contratualismo de LOCKE, ROSSEAU e KANT.

A justiça de RAWLS é a reflexão acerca do justo e do injusto das instituições, indagando qual seria a melhor forma de administrar a justiça de todos senão por meio das instituições sociais. Quer disseminar a idéia de que a justiça das instituições seria a que beneficiasse ou prejudicasse a comunidade, não o fenômeno na esfera da ética de cada um. A sociedade organizada seria aquela definida pela organização de suas instituições, que poderiam ou não realizar os anseios de justiça do povo ao qual se dirigiriam. A justiça seria a virtude primeira de todas as instituições sociais, e seu estudo se faria nas estruturas básicas de uma sociedade, principalmente nas questões da distribuição e da participação na distribuição. A justiça de um modelo de sociedade dependeria essencialmente da forma como seriam atribuídos os direitos e deveres fundamentais, bem como das oportunidades econômicas e condições sociais nos diferentes setores da sociedade. Revela sua preocupação com os princípios da justiça social, cujo objeto primário seria a estrutura básica da sociedade, ou seja, a articulação das principais instituições sociais num sistema único de cooperação.

Seu conceito de justiça resgata a noção de contratualismo do século XVII (por isso neo-contratualismo), partindo-se, como hipótese de estudo, da análise da posição original das partes no momento da realização do pacto social para se traçarem as linhas organizadoras da tecitura da justiça. A posição original seria suficientemente capaz de simular as condições

ideais de igualdade para escolher os princípios diretores da sociedade. Na teoria de RAWLS é pura hipótese (não histórica) marcada pela idéia de uma igualdade original para optar por direitos e deveres. Essa igualdade é o pilar de toda a sua teoria. O que deveria ser escolhido no momento do pacto inicial não seria nada mais nada menos que a estrutura fundamental da sociedade, seus alicerces.

O pacto original estaria fundado nos princípios da 1) igualdade e 2) da diferença, que são basilares de seu sistema de justiça e responsáveis pelo equacionamento de toda a organização das instituições justas. O bom equilíbrio destes princípios se traduziria em bom equilíbrio das instituições sociais, pois uma vez aceitos poderiam associar as idéias tradicionais de liberdade, igualdade e fraternidade com a interpretação democrática dos princípios da justiça da forma seguinte: a liberdade corresponderia ao primeiro princípio, a igualdade à idéia de igualdade contida no primeiro princípio, juntamente com a igualdade eqüitativa de oportunidades, e a fraternidade ao princípio da diferença. Estes princípios regulariam a atividade institucional que visasse distribuir direitos e deveres, benefícios e ônus. O princípio da igualdade regularia as liberdades, enquanto o da diferença, a aplicação do primeiro, corrigindo as desigualdades. Sendo impossível erradicar a desigualdade entre as pessoas, o sistema institucional deveria prever mecanismos suficientes para o equilíbrio das deficiências e desigualdades, de modo que estes se voltassem em benefício da própria sociedade. O véu da ignorância — sob o qual se escolheriam os princípios numa primeira etapa do contrato — corresponderia ao que não se conhece do ponto de vista da justiça, não obstante as partes pudessem conhecer os fatos gerais que afetariam a escolha da estrutura básica, em particular aqueles que a psicologia e as ciências sociais permitissem.

O princípio da igualdade teria relação com a fixação das liberdades básicas que deveriam ser iguais para todos os pactuantes: liberdade política, liberdade de expressão, de reunião, de consciência, de pensamento, de não ser preso arbitrariamente. Entretanto, a abdicação dos direitos fundamentais, não de todos, pressuporia que os aderentes recebessem

em troca benefícios maiores que aqueles que teriam antes do pacto, segundo uma compensação pelos direitos abdicados.

O princípio da diferença, em sua locução “funções às quais todos têm acesso”, seria interpretado conforme a igualdade democrática. Se o princípio da igualdade (primeiro) reza que todos deveriam possuir determinado benefício social, a diferença (segundo) cumpriria para que esse benefício se desse de modo concreto e real.

A distribuição dos princípios é aleatória e o pacto se faria em etapas gradativas, do mais abstrato ao mais concreto. A aplicação dos princípios confirmaria a realização da justiça como equidade e liberdade, sobretudo porque identifica as desigualdades naturais e procura corrigi-las. Pelo senso de operância se poderia conferir se a estrutura seria justa ao princípio e encontraria meios para a manutenção dessa sua estrutura justa para então se poder dizer que se trataria de um sistema equilibrado.

Sob o véu da ignorância as partes abstratamente escolheriam os princípios da igualdade e da diferença que iriam regular as instituições. Depois passariam a deliberar concretamente sobre as diretrizes da sociedade por meio da votação de uma constituição. Na primeira etapa, debaixo do véu da ignorância, escolheriam os dois princípios. Na segunda, ultrapassada a discussão dos princípios da justiça, as partes na assembléia constituinte adquiririam conhecimento dos fatos gerais respeitantes à sociedade a que pertenceriam. Após a realização do pacto original, com a escolha dos dois princípios, as partes contratantes se vinculariam a ponto de escolher uma constituição de um governo de legalidade com base na igualdade e na publicidade. A lei garantiria o tratamento igual de situações iguais. Não como sinônimo de constrição, mas de liberdade. A justiça institucional levaria à estabilidade das instituições e da sociedade (noção de equilíbrio da sociedade bem ordenada).

A questão de se aceitar ou não as leis remonta à própria dúvida sobre a justiça das instituições. Se se caracterizam pela realização de justiça, de acordo com RAWLS, a obediência civil é um dever da sociedade perante as instituições. Uma teoria da justiça deve

prever, entretanto, uma teoria da desobediência (ato de resistência não violento, de caráter político, contrário à lei, no sentido da realização de uma mudança política. Nada tem a ver com a força ou a revolução). A idéia da desobediência caminha para a mobilização e para o abalo das estruturas de poder da sociedade, com vista na alteração das leis que se fizessem desacordo aos princípios da igualdade e da diferença.

6.2 Alguns dos principais críticos da teoria de Rawls

A publicação de *Uma teoria da justiça* marca o renascimento da filosofia moral e política norte-americana que se espalha pelo resto do mundo ao discutir as indagações de RAWLS. Desencadeia uma significativa produção crítica com o ressurgimento e a reformulação de antigos pensamentos. Gerou três principais debates, segundo análise de CRISPI¹⁶ sobre a obra de SANDEL. O primeiro em torno de sua afirmação de que uma teoria dos direitos individuais requer uma fundamentação independente de considerações utilitaristas (liberalismo dos direitos subjetivos). O segundo tem lugar dentro do liberalismo dos direitos e enfrenta sua posição igualitária com o liberalismo libertário, para quem os direitos individuais são possuídos por pessoas que se identificariam com suas capacidades e talentos, enquanto RAWLS pensa que os indivíduos não são donos de seus talentos, mas seus meros detentores (custodiadores). O Estado, portanto, só teria o papel de distribuir os méritos, mas não entrar na definição da bondade dos fins, porque a liberdade e os direitos subjetivos teriam prioridade sobre o bem. O terceiro é o que debate o comunitarismo ao objetar, fundamentalmente, a idéia de um sujeito perfeitamente autônomo anterior a qualquer vínculo social. Também objeta a noção de um Estado neutro frente aos valores, ou seja, frente ao bem. Questiona a prioridade que RAWLS afirma da liberdade e dos direitos subjetivos sobre o bem. SANDEL, por

¹⁶ CRISPI, Renato. *op. cit.* nota 12.

exemplo, afirma que a justiça não é independente do bem, mas sim relativa ao bem, e indaga o que significaria que a liberdade tenha prioridade sobre o bem.

Também se pode identificar pelos menos três momentos distintos na literatura crítica¹⁷. Um primeiro momento logo após a publicação na década de setenta, centralizando o foco nos aspectos da plausibilidade da posição original, no método utilizado e na normatividade de sua teoria. Um segundo momento nos anos oitenta com a crítica comunitarista, em que os conceitos de pessoa e de natureza humana passariam a ser intensamente debatidos, com destaque a MICHAEL SANDEL (1982). A publicação de o Liberalismo político, em 1993, o último momento, quando, embora insistentemente reformuladas várias das suas proposições, RAWLS é confrontado com HABERMAS por conta agora de sua noção de pluralismo e de seu conceito de razoabilidade.

No primeiro enfoque, sob o pretexto da plausibilidade da posição original, THOMAS NAGEL (1973) questiona o grau de abstração dos contratantes, pois a simples relação de bens sociais primários afastaria a neutralidade da escolha. RAWLS rebate, afirmando a evolução do seu conceito desde 1958, quando primeiro usara a versão contratualista ao tratar da posição geral que previa uma situação de acordo sobre os princípios que permitissem a resolução de futuros conflitos. A denominação posição original é de 1963, enquanto o conceito de véu de ignorância de 1967, mas só em 1975 respondeu a questão quando argumentou não crer que a filosofia política devesse se preocupar com a neutralidade.

Também se questionou o método utilizado, segundo R.M. HARE e JOEL FEINBERG, porque admitiria juízos morais em seu modelo construtivista de caráter intuitivo. Haveria, portanto, o risco de se contaminar a teoria por crenças morais apoiadas em preconceitos e acidentes históricos, pois se trataria de um modelo construído conforme uma conclusão aprioristicamente suposta. A réplica se dá em momentos distintos, com o ensaio sobre o papel do construtivismo kantiano na teoria moral, de 1980, e no artigo “*Justice as*

¹⁷ POGREBINSCHI, Thamy. John Rawls: Da justiça como equidade ao liberalismo político [http://www.iuperj.br/fórum/textos/thamy_01.pdf em 14/4/2004].

*fairness: political not metaphysical*¹⁸, de 1985, resultante de seminários em universidades norte-americanas, e que traz as reformulações depois concretizadas em o Liberalismo político, de 1993.

H.L. HART e T.M. SCALON, atacando a falta de normatividade na teoria, questionaram a formulação do primeiro princípio quanto à relação de prioridade que exerceria sobre o outro. Ressaltaram a importância de restringir a noção de liberdade a um conjunto de liberdades básicas e de se evitar um princípio que protegesse uma certa noção global de liberdade. AMARTYA SEM, economista-filósofo indiano e prêmio Nobel, que defende a igualdade na base de todas as teorias da justiça, e BENJAMIN BARBER, atacaram o princípio da diferença repercutido nos domínios da filosofia política e dos teóricos da economia, confrontando-o em função de seu uso do chamado princípio maximin de escolha.

A reação libertariana de ROBERT NOZICK, com linhagem teórica mais radical que o próprio liberalismo, propõe um modelo de estado mínimo que se oporia ao esquema redistributivo de RAWLS, partindo do argumento construtivista e da prioridade dos direitos de liberdade e de propriedade sobre os demais. Sua obra “*Anarchy state, and utopia*”, de 1975, defende o que denominou “estado mínimo” como condição de um anarquismo praticável, pois haveria algo comum a todas as teorias da justiça de caráter distributivo: nelas pede-se que se dê a cada um de acordo com um certo padrão (conforme as necessidades, o trabalho, a condição social, etc). Suas idéias são anarquistas e libertárias, mas também

¹⁸ *Justice as fairness* seria a defesa da unidade da teoria da justiça proposta por RAWLS de maneira a demonstrar não ter havido ruptura qualitativa entre suas obras Uma teoria da justiça e Liberalismo político. Nela deixa evidente a sua concepção política de justiça, depois incorporada no Liberalismo político. Através de uma hermenêutica construtiva dos fatos e das idéias marcantes das sociedades contemporâneas ocidentais enumera i) o pluralismo razoável, ou seja, a diversidade de doutrinas abrangentes coexistindo sob certas condições políticas e sociais; ii) o fato da opressão ou o reconhecimento de que a adesão de todos a uma doutrina abrangente particular só é alcançada através da opressão e do uso do poder estatal; iii) o reconhecimento de que um regime democrático só se sustenta com o endosso de diferentes e inconciliáveis doutrinas abrangentes; iv) o reconhecimento de que a cultura política de uma sociedade democrática engendra idéias fundamentais para a concepção política de justiça de um regime constitucional e, finalmente, v) o reconhecimento de que nossos mais importantes julgamentos políticos são de tal ordem que pessoas razoáveis, após ponderações, chegam às mesmas considerações a seu respeito, conforme análise de MARIA CLARA DIAS em Resenha de *Justice as fairness: a restatement* de John Rawls [<http://ifcs.ufrj.br/cefm/publicações/rawls.pdf> em 14/4/2004].

reacionárias. O liberalismo contemporâneo de NOZICK apresenta entre suas principais características a defesa irrestrita das liberdades de mercado e da limitação do papel do Estado na área social. O libertarianismo difere do liberalismo, por exemplo, ao condenar políticas redistributivas, em especial políticas tributárias redistributivas.

Os comunitaristas, já na década de oitenta, criticaram o liberalismo rawlsiano, compreendido como uma ética baseada no justo, confrontando-o com uma visão que concederia mais expressão a conceitos como cidadania e comunidade. MICHAEL WALZER, ALASDAIR MACINTYRE e MICHAEL SANDEL seriam os principais expoentes do pensamento relativista. As críticas de SANDEL consistiram em recusar a concepção de pessoa adotada, pois teria caráter metafísico, e rejeitar a prioridade do direito e do justo sobre o bem. Em sua resposta RAWLS explica em que medida sua concepção de pessoa apresentaria um ideal moral restrito por estar necessariamente relacionada ao seu conceito de sociedade bem ordenada. Começa, então, a atribuir um caráter político a sua concepção de justiça. SANDEL parte da crítica ao estado neutro defendido por RAWLS, reformulando o debate de 1858 entre ABRAHAM LINCOLN e STEPHEN DOUGLAS sobre o desacordo filosófico e moral a respeito da escravidão. DOUGLAS propôs a solução política que, em razão da neutralidade do estado federal, deveria deixar aos estados membros decidir a questão de forma democrática. LINCOLN foi contrário e sustentou que não se poderia adotar uma postura agnóstica frente à escravatura, um mal moral indiscutível, cuja neutralidade do Estado significava favorecer os interesses escravagistas. O liberalismo político de RAWLS deveria inclinar-se pela proposta de DOUGLAS, mas surpreendentemente se exime desta abstenção filosófica e moral abolicionista para opor-se à escravidão, o que seria incompreensível, segundo SANDEL.¹⁹

Com a publicação de *O Liberalismo político*, nos anos noventa, tem HABERMAS como seu opositor tão forte e respeitado pela profusa e influente elaboração científica, cujo

¹⁹ CRISPI, Renato. *op. cit.* nota 12.

ensaio crítico escrito ao *Journal of Philosophy* argumenta em vertentes distintas. Pela primeira delas RAWLS deveria separar de modo mais rigoroso as questões de fundamentação das de aceitação, pois pareceria querer comparar a neutralidade de sua concepção de justiça às concepções de mundo, abandonando sua pretensão de validade cognitiva. Essas duas questões teóricas estratégicas trariam como consequência uma construção do Estado de direito que colocaria os direitos básicos liberais acima do princípio democrático de legitimação. A partir disso, fracassaria em seu objetivo de harmonizar a liberdade dos modernos com a liberdade dos antigos.

RAWLS só respondeu depois de anos analisando o perfil da obra de HABERMAS, quando agradeceu pelas considerações que o levaram a repensar a sua teoria e a rever algumas de suas formulações: i) aponta a posição de HABERMAS sendo mais abrangente (compreensiva), enquanto a sua seria de uma explicação do político e se limitaria a ele; ii) seus mecanismos de representação seriam diferentes. O de HABERMAS a situação discursiva ideal (situação ideal de fala) com a parte de sua teoria da ação comunicativa, enquanto o seu, a posição original. A discussão seguiu tão acirrada que “*Reply to Habermas*” foi o maior trabalho publicado desde o Liberalismo político, cujo debate entre o uso público da razão habermasiana e a razão pública rawlsiana também inspirou o último artigo publicado (*The idea of public reason revisited* de 1997).

Também outros autores desenvolveram suas produções a partir das críticas da obra de RAWLS, como KUHATHAS²⁰, para quem a concepção rawlsiana de o contrato identificaria muito mais pressupostos econômicos que políticos, pois para ele as partes ao decidirem, fariam-no por referência ao modo como as estruturas propostas responderiam aos seus interesses pessoais.

²⁰ KUHATHAS, Chandran & PETIT, Philip . *Rawls - Uma Teoria da Justiça e os seus críticos*. Trad. M. Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995, *apud* BITTAR, Eduardo Carlos Bianca & ALMEIDA, Guilherme de Assis. Rawls: ética, instituições, direito e deveres. In Curso de filosofia do direito. São Paulo : Atlas, 2001, pp. 374-389.

ROSANVALON, com seu estado-providência, por sua vez, reformulou as teses fundamentais de RAWLS, coincidindo com a índole social-democrata de outros escritores franceses. Critica principalmente a idéia de contrato social fundado em decisões sob o véu da ignorância, as escolhas morais e racionais, o formalismo da equidade e o proceduralismo do seu conceito de justiça. O contrato social de RAWLS, conforme RICARDO LOBO TORRES²¹, enquanto a própria negação do social, não seria “senão o momento de exercício de um cálculo silencioso e rigoroso, uma breve reunião de experts e jamais uma assembléia ruidosa”. Eleva a solidariedade como a linha mestra de seu sistema, observando a mutualização crescente dos riscos sociais em que identificava o estado como um tipo de sociedade seguradora. Defende a noção de um direito procedural diferente de RAWLS, pois se confundiria em certa medida com a prática da justiça com a finalidade de dar a cada um meios específicos para a vida social, levando a uma jurisdicionalização do social em virtude da necessidade de um sistema de recursos e apelações para suprir a insuficiente atividade puramente administrativa para entrega das prestações. Com isso transforma a igualdade das chances em equidade das chances, que não consistiria apenas em compensar as desigualdades, mas a reordenar os instrumentos necessários à existência para dar aos indivíduos os meios para superar os acontecimentos familiares, os problemas pessoais, as rupturas profissionais repetidas, etc.

Mas não seria exato pensar o contrato social e o véu de ignorância como conducentes à reforma das relações sociais e à superação dos determinismos que seriam hipotéticos. RAWLS não era nem tanto formalista, porquanto o termo *fairness* se aproximaria mais da imparcialidade que de equidade atribuída nas traduções de Uma teoria da justiça para as línguas neolatinas²². Também o proceduralismo não implicaria a recontratualização em um

²¹ TORRES, Ricardo Lobo. *op. cit.* nota 15.

²² TORRES, Ricardo Lobo. *op. cit.* nota 15.

sistema democrático. A equidade de chances, por oposição à igualdade de chances, nada mais representaria do que a velha dicotomia entre igualdade de chances e de resultados.

Embora a crítica de ALASDAIR MACINTYRE²³ não incida exclusivamente sobre a obra de RAWLS, que vê como parte de um projeto mais amplo a que chama de iluminista, pode atingir mais diretamente a este último autor. Defende uma volta à ética aristotélica das virtudes como maneira de enfrentar a crise moral do Ocidente. Contesta o pressuposto de que se possa chegar a padrões universais de conduta, defendendo, em vez disso, o enraizamento em valores da comunidade. Porém admite a pluralidade de concepções morais, sendo importante que se tenha uma tal concepção ao entrar em um debate, que pode ser kantiana, utilitarista, iluminista, nietzscheana, aristotélica ou outra, mas deve-se evitar o ecletismo. Conclui defendendo, como único local onde se poderia atender aos requisitos morais assim especificados, pequenas comunidades, sendo os Estados-nações ou uma confederação deles locais inapropriados para tal propósito. Vê o liberalismo como uma aplicação do projeto universalizante iluminista, o qual considera "fracassado", pois, nesta medida, a sua concepção de bem é insuficiente justamente por derivar desse projeto. Sua posição é a de uma tradição moral que possui suas raízes históricas na tentativa iluminista de desenvolver uma moralidade que transcende a tradição. Situa a teoria política liberal como parte de um projeto histórico de fundar uma ordem social na qual os indivíduos poderiam emancipar-se da contingência e particularidade das tradições, apelando a normas genuinamente universais, independentes da tradição.

7. Conclusão

A problematização da justiça e o seu alcance ainda não foram satisfatoriamente superados pelos filósofos ao longo de toda a história da humanidade, em razão da variedade

²³ ROUANET, Luiz Paulo. *op. cit.* nota 11.

de suas concepções, não obstante AMARTYA SEM consiga apontar em todas as suas teorias o pressuposto da igualdade como elemento comum da justiça.

O pós-positivismo jurídico é a superação do legalismo estrito e traz de volta a discussão dos valores éticos ao Direito, com os princípios passando a integrar o moderno constitucionalismo, cuja normatividade encerra a unidade do sistema e condiciona a atividade do intérprete. Além daqueles princípios tradicionais, como o Estado Democrático de Direito, a igualdade e a liberdade, a Constituição, enquanto sistema aberto de valores, consolida novos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, os quais estão assegurados pelo acesso à justiça e pela efetividade da prestação jurisdicional, todos considerados direitos fundamentais insuscetíveis de mitigação.

JOHN RAWLS identifica a justiça como equidade (*fainess*) que residiria exatamente no igualitarismo da posição original, ou seja, num estado inicial do contrato social, momento hipotético, e não histórico, em que se pudesse optar por direitos e deveres. A formação social do pacto seria uma construção humana que beneficiaria a todos, e por meio dela se realizariam os indivíduos socialmente. A ética seria questão importante, mas não central como a justiça das instituições. Se a justiça existe, ela seria definida em função da capacidade que as instituições possuiriam de realizá-la.

Partindo da crítica contundente do utilitarismo, que lhe parecia a teoria mais vigorosa, sua obra resgata a discussão do valor dos princípios para a sociedade moderna, dando nova vitalidade ao pensamento filosófico político. Propõe um itinerário para descobrir e fundamentar racionalmente os princípios que deveriam reger a sociedade justa. Marca o que os alemães chamaram de virada kantiana para um novo constitucionalismo, trazendo a discussão ser humano para o centro de toda racionalidade, como outrora pensara KANT, quando considerou o princípio moral essencial agir de forma a tratar a humanidade sempre como um fim e nunca apenas como um meio. Daí poder ser considerada uma das principais

fontes inspiradoras da corrente doutrinária denominada pós-positivismo jurídico, em que se procura resgatar a conciliação da ética com o direito.

Como as teorias de contrato social, a de RAWLS não se apresenta como uma descrição de fatos, mas como um modelo, do qual possam derivar as prescrições a adotar em circunstâncias determinadas. Assim pode ser considerada como uma teoria transcendental da justiça com forte inspiração kantiana, muito embora ele próprio reconheça a insuficiência de sua formulação. Embora o autor procure negar, sua teoria, a exemplo do próprio HABERMAS e de ALEXY, tem forte apelo procedimentalista, por se apoiar em procedimentos quando contratualiza a sociedade, que existiria em função de um processo. Mas tanto a justiça em KANT como em RAWLS não deixa de ser uma forma de distribuição da liberdade.

O volume e a ênfase dos críticos da teoria rawlsiana, partindo de autores consagrados e amplamente respeitados, paradoxalmente revelam a importância de sua obra, que despertou o interesse pela discussão da idéia do homem como objetivo principal da sociedade, que há tempos vinha sendo relegada.

Bibliografia

- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. RDA, Rio de Janeiro, 225: 5-37, jul./set. 2001.
- BERGEL, Jean-Louis. Teoria geral do direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2001.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca & ALMEIDA, Guilherme de Assis. Rawls: ética, instituições, direito e deveres. In Curso de filosofia do direito. São Paulo : Atlas, 2001, pp. 374-389.
- CALSAMIGLIA, Albert. Pospositivismo. DOXA 21: 209-220, 1998.
- CRISPI, Renato. *La crítica comunitária a la moral liberal*.
[http://cepchile.cl/dms/lamg_1/doc_903.html em 14/4/2004].
- DIAS, Maria Clara. Resenha de *Justice as fairness: a restatement* de John Rawls
[<http://ifcs.ufrj.br/cefm/publicações/rawls.pdf> em 14/4/2004].
- HESPANHA, António Manuel. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. Portugal : Publicações Europa-américa, 1997.
- JOHNSTON, David. Traduzido e adaptado por Vítor João Oliveira. Texto retirado da obra *The Idea of a Liberal Theory: A Critique and Reconstruction*, New Jersey: Princeton Universtity Press, 1996, pp. 101-3
[<http://www.criticanarede.com/rawlsutilitarismo.html> em 7/4/2004].
- OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. Rawls, procedimentalismo e contratualismo
[<http://geocities.com/nythamar/rawls1.html> em 16/3/2004].
- _____. Os desafios normativos da justiça global segundo John Rawls
[<http://geocities.com/nythamar/rawls4.html> em 16/3/2004].
- POGREBINSCHI, Thamy. John Rawls: Da justiça como equidade ao liberalismo político
[http://www.iuperj.br/fórum/textos/thamy_01.pdf em 14/4/2004].

RACHELS, James. Tradução de F. J. Azevedo Gonçalves. Excerto retirado da obra *Elementos de Filosofia Moral*, Lisboa: Gradiva, 2004

[http://www.criticanarede.com/fa_13excerto.html, em 7/4/2004].

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímolli Esteves. 2ª Edição. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

_____. *Political Liberalism*. New York : Columbia University Press, 1999.

_____. *The Law of Peoples*. Cambridge : Harvard University Press, 1999.

ROUANET, Luiz Paulo. Diversidade cultural e universalidade de valores

[<http://geocities.yahoo.com.br/eticaejustica/texto2.html> em 7/4/2004].

_____. *Rawls e o enigma da justiça*. São Paulo: Unimarco Editora, 2002.

SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge : Cambridge University Press, 1982.

TORRES, Ricardo Lobo. A teoria da justiça de Rawls e o pensamento de esquerda. Revista da Faculdade de Direito. V. 1994. Rio de Janeiro: UERJ, 1997, pp. 157-175.

ZAMORA, Jaqueline Jongitud. Teorias éticas contemporâneas.

[<http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/teorias.htm> em 14/4/2004].