V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

RICARDO ANDRÉS MARQUISIO AGUIRRE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ricardo Andrés Marquisio Aguirre – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-274-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias da justiça. 3. Teorias da decisão. 4. Argumentação jurídica. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).
CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Este GT del V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR) el día 9 de setiembre de 2016, entre las 9 y las 12 hs. La temática y las ponencias anunciadas hacían presagiar una importante diversidad de intereses y concepciones teóricas (referidas a la argumentación, el Derecho, la teoría del Derecho y la teoría de la Justicia), así como la producción de interesantes discusiones a partir de las exposiciones, previsiones que se cumplieron ampliamente.

El primer artículo presentado entre los correspondientes al GT fue APROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA PELO STF (ADPF 178): COMO O ATIVISMO JUDICIAL ROMPE A SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA aborda el álgido tema del modo en que, bajo el discurso justificativo de realizar una "interpretación conforme a la Constitución", los tribunales legislan en materia constitucional y practican activismo judicial, lo que da mérito a que su accionar sea cuestionado por violación del principio de separación de poderes.

El artículo LIMITES AUTOIMPOSTOS À TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE, DE JOHN RAWLS, E AS CONSEQUÊNCIAS EM SUA NATUREZA discute los límites que la teoría dela justicia rawlsiana se impone con el objetivo de recibir una aceptación lo más amplia posible y el modo en que dichos límites tienen consecuencias a la interna de dicha teoría.

Por su parte, el artículo O BEM COMO RACIONALIDADE EM JOHN RAWLS, continúa con el análisis de la influyente teoría de la justicia de dicho autor, tomando como tema el papel de la teoría del bien y sus implicancias, así como el contraste entre el bien y lo justo, que aparece como uno de los aspectos centrales de la concepción de justicia como equidad.

El último artículo en ser expuesto entre los brasileños es O DIREITO À IMAGEM NO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO SOB A ÓTICA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E DO DISCURSO RACIONAL. En el artículo se discute si y en qué medida

debe prevalecer el derecho a la imagen de los candidatos o exercentes mandatos o cargo político en contra del derecho a la información de los ciudadanos para el propósito de construcción de una opinión pública "libre".

En lo que refiere a los artículo expuestos por investigadores uruguayos, el primero fue ARGUMENTACIÓN Y DEBERES IMPERFECTOS. En él se defiende la necesidad de aceptar la existencia de deberes imperfectos en la argumentación y se plantean los rudimentos de tal incorporación en una Teoría de la argumentación de orientación Pragma Dialéctica.

EL siguiente artículo es LAS DECISIONES JUDICIALES EN EL AMBITO DE LAS SOCIEDADES COMPLEJAS LATINOAMERICAS. UNA VISIÒN DESDE EL MARCO DE LA TEORIA CRÍTICA. El tema elegido, trata dos aspectos esenciales del Derecho en las sociedades complejas latinoamericanas, avanzado ya el S XXI: la judicialización creciente de la política y su reverso la politización de la justicia.

El artículo OBJECIÓN DE CONCIENCIA analiza, a partir de un reciente y comentado fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la problemática que plantea “deducir” un derecho general a la objeción conciencia de las disposiciones constitucionales y legislativas que se invocan para fundarlo.

Finalmente, se expuso el articulo RAZONES Y CREENCIAS CONSTITUCIONALES: ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y NORMATIVOS DEL ESTADO (NEO) CONSTITUCIONAL. Allí se plantean algunos problemas vinculados al papel de la Constitución densa en proveer razones justificativas del derecho de las fuentes sociales y de la conducta de los operadores e intérpretes jurídicos (jueces, legisladores, dogmáticos).

Prof. Adj. Ricardo Marquisio Aguirre - Facultad de Derecho - UDELAR

LIMITES AUTOIMPOSTOS À TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE, DE JOHN RAWLS, E AS CONSEQUÊNCIAS EM SUA NATUREZA

SELF-IMPOSED LIMITS TO THE THEORY OF JUSTICE AS FAIRNESS, BY JOHN RAWLS AND THE CONSEQUENCES IN ITS NATURE

José Claudio Monteiro de Brito Filho [1]

Resumo

Estudo que tem o objetivo de discutir os limites existentes na teoria da justiça como equidade, de John Rawls, e que são destinados à sua aceitação geral, e suas consequências para a natureza dessa teoria.

Palavras-chave: Justiça como equidade, John rawls, Limites, Natureza

Abstract/Resumen/Résumé

Study that aims to discuss the existing limits in the theory of justice as fairness, by John Rawls, destined for its general acceptance, and their consequences for the nature of that theory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice as fairness, John rawls, Limits, Nature

[1] Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor do PPGD/UFPA. Professor do PPGD /CESUPA.

1. Introdução

Questão que normalmente é deixada de lado quando são discutidas as teorias da justiça é a que trata dos limites que são estabelecidos pelos autores dessas teorias para permitir sua aceitação geral.

É que, em geral, a adoção dessas teorias ocorre quando se consideram os ideais políticos usados como base para cada uma dessas teorias, ou o alcance destas no aspecto subjetivo, ou seja, o alcance em relação às pessoas que compõem o grupo que será beneficiado pelos direitos que são distribuídos.

Dworkin (2011, p. 4), em relação ao que é objeto de distribuição, e tratando da igualdade, afirma que uma questão que está a ela relacionada diz respeito à forma como serão distribuídos dinheiro e outros recursos entre os indivíduos.

E isso — os ideais políticos manejados —, é importante assinalar, é normalmente apresentado em termos absolutos, como se não houvesse limites, o que gera o repúdio das teorias, nos mesmos termos.

Assim é que, se o ideal político da igualdade, em seu aspecto material, é considerado um ideal importante, uma teoria como o libertarismo será objeto de repúdio, pois nessa concepção de justiça esse ideal não é objeto de consideração e, portanto, capaz de gerar direitos.

É, por exemplo, o que defende Nozick, um libertário, autor da teoria da titularidade ("entitlement theory"), e que, em sua obra *Anarquia, estado e utopia*, assegura que não é obrigatório que a igualdade esteja incorporada a uma teoria da justiça (2009, p. 284), ainda que com isso Nozick queira referir-se à igualdade material, como dito acima, não à igualdade formal.

Essa distinção, a propósito, fica óbvia quando lemos ainda na obra de Nozick (2009, p. 21), que o estado deve limitar-se a proteger os contratos e coibir os ilícitos, e que todas as pessoas devem ter o direito de manter e usar um bem adquirido de forma lícita.

Pois bem, é normal, quando se quer repudiar uma teoria como a de Nozick, dizer que a consideração da teoria somente pela liberdade faz com que possam ocorrer situações extremadas, como por exemplo a situação de miséria absoluta, sem que o estado faça nada pelas pessoas nessa situação, por não ter funções redistributivas.

Isso não é necessariamente verdade. Ainda que Nozick não seja claro a respeito, outro libertário famoso, e ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1974, Hayek, em sua conhecida obra *O caminho para a servidão* (2014, p. 156), não obstante defenda a liberdade

econômica e um sistema de livre concorrência, afirma de forma expressa que as pessoas têm direito à segurança capaz de garanti-las contra situações de necessidades físicas extremas, por meio do estabelecimento de um sustento mínimo devido a todos. Nesse caso, ainda que Hayek mantenha a ideia libertária, cria uma salvaguarda para casos extremos, e que possivelmente levariam as pessoas ao repúdio de sua teoria, caso imaginassem a possibilidade de não haver qualquer amparo em situações em que fosse necessário que o estado garantisse pelo menos o básico.

No mesmo sentido, caso a adoção de uma teoria da justiça seja dependente de sua utilização em favor de todos os integrantes da sociedade, sem exclusões, provavelmente uma teoria como o utilitarismo não será aceita, pois, para o utilitarismo, as preferências da minoria da sociedade não são levadas em consideração, visto que, nessa teoria, as preferências majoritárias são consideradas — convertidas em — preferências gerais da comunidade, o que gera uma falta de apoio às preferências restantes, ou seja, minoritárias.

É por isso que Kymlicka (2006, p. 11) afirma que, em sua concepção mais simples o utilitarismo define como o ato moralmente correto o que produz mais felicidade para os membros da comunidade, porém mais adiante (2006, p. 25) registra que nem todas as preferências de todas as pessoas serão satisfeitas, quando estiverem em oposição às preferências que maximizam a utilidade de forma geral.

Não obstante, não é tão ampla essa exclusão que é feita pelo utilitarismo, ou, pelo menos, ela existe, mas de forma mais sutil. Assim é comum hoje em dia, na criação e aplicação das políticas públicas, que todas as pessoas sejam destinatárias dessas políticas — salvo se dirigidas a grupos específicos —, porém em perspectiva utilitarista, ou seja, na medida idealizada por quem é o responsável pela elaboração da política pública, e não por cada um dos usuários.

Exemplificando, imaginemos uma politica que intente conceder o direito à saúde. Antes de sua elaboração, o governo verifica que é suficiente para atender as necessidades da maioria da população conceder cuidados preventivos, junto com procedimentos médicos de baixa e média complexidade, incluindo intervenções cirúrgicas. Em uma perspectiva utilitarista, o governo garantirá esses atendimentos em matéria de saúde a todos, sem a exclusão *a priori* de uma parte das pessoas, embora claramente alguns indivíduos fiquem ao desemparo, no caso os que necessitem de assistência médica mais ampla ou complexa, porque não será garantido tudo que é necessário a todos, mas somente o que é preciso para atender à maioria da população.

É que, ainda que todos sejam atendidos com esta política pública — o que suaviza a exclusão típica do utilitarismo —, ela é limitada em relação a todas as necessidades das pessoas, não havendo consideração por cada um dos indivíduos, a partir de suas particularidades. É por isso que Rawls (2008, p. 33) afirma que "[o] utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas".

Idêntica consideração, isto é, para suavizar uma teoria que define como é feita a distribuição dos direitos podemos ver em Taylor (2005, p. 106-107), reconhecido pela doutrina como comunitarista, e que, não obstante afirme que somente com o critério de Hegel, o *sittlichkeit*, que é relativo às obrigações morais que existem em relação à comunidade, é possível reconhecer a forma que uma sociedade deve assumir, ainda assim respeita direitos que são da titularidade do indivíduo autônomo, como o de não aceitar a servidão, de respeito à propriedade, de respeito à liberdade de expressão, de respeito à liberdade de crença e outros.

Os exemplos acima mostram que, ainda que os teóricos da justiça indiquem quais são os ideais políticos que serão prestigiados em cada uma dessas teorias, não esquecem — ao menos a maioria deles — a necessidade de prever condições que impeçam a ocorrência de situações extremadas, e que, por isso, sejam hábeis para gerar grandes prejuízos às pessoas, ou parte delas. Isto é necessário, acreditamos, para possibilitar a aceitação geral das teorias.

E essa ideia é, pensamos, natural, pois pouca utilidade teria uma teoria que seria rechaçada em razão de seus efeitos prejudiciais para os indivíduos. Assim, ainda que os teóricos tenham liberdade para privilegiar os ideais políticos e para seu manejo, é correto dizer que não farão isso a partir de concepções que não sejam compatíveis, ao menos em parte, com as necessidades mais importantes da comunidade, especialmente em situações extremas.

Vamos, neste artigo, que intenta analisar a questão sob a perspectiva da teoria da justiça como equidade, de Rawls, verificar quais, em nossa opinião, são as condições ou limites que a ideia de justiça deste autor apresenta em busca de sua aceitação geral. É que acreditamos que essas condições, na teoria de Rawls, estão apresentadas de forma clara, ainda que o autor não haja dito isso expressamente.

O problema que motiva o presente estudo, dessa feita, diz respeito aos limites autoimpostos por Rawls à teoria da justiça como equidade para permitir sua aceitação geral. Há, também, questão que se pode definir como acessória do problema, que em pesquisa mais ampla poderia dar origem a uma hipótese secundária de trabalho, e que tem relação com uma das consequências da resposta ao problema, dizendo respeito à natureza da teoria da justiça

como equidade, de Rawls, ou, de forma mais direta, se os limites impostos pelo autor à sua teoria têm impacto na sua natureza (da teoria).

O objetivo central da pesquisa é destrinchar esses limites ou condições, identificando-os, verificando se são eficazes, ou seja, se são capazes, ao menos em tese, a levar ao resultado (efeito) pretendido, e se isso gera alteração em sua natureza.

É estudo que se justifica, como enunciado desde o início do item, pela tentativa de revelar ao menos parte das estratégias de Rawls — autor de uma das teorias da justiça mais discutidas e comparadas nos estudos que são realizados a respeito — para buscar aceitação mais ampla de sua proposta.

Em relação ao aspecto metodológico, esse estudo é eminentemente teórico, sustentando-se na análise da principal obra de Rawls: *Uma Teoria da justiça*, embora com algumas palavras a respeito de outra também importante, *O liberalismo político*, e com apoio em autores que têm diálogo com Rawls, como Michael Sandel, por exemplo, ou que comentam seus textos, como Amartya Sen e Will Kymlicka, entre outros.

Para responder às questões apresentadas, vamos, no item a seguir, discutir primeiro como é colocado o ideal político da igualdade na teoria de Rawls, verificando como isso interfere em sua aceitação geral, e se constitui razão para alterar a natureza deontológica da teoria.

Depois, analisaremos dois aspectos importantes da justiça como equidade, que são as restrições formais do conceito de justo, e a teoria fraca do bem, esta apresentada quando Rawls discute a questão do bem como racionalidade, também com os mesmos objetivos: verificar sua relação com a ideia de aceitação geral, e se isso interfere na natureza da teoria.

Encerrando o item, e antes das considerações finais, vamos dedicar espaço, a partir de considerações feitas por Michael Sandel, para fazer breve dicussão a respeito de modificação importante da teoria de Rawls, e que está colocada pelo autor em *O liberalismo político*.

2. Limites da teoria da justiça como equidade na busca de sua aceitação geral, e consequências para sua natureza

Para iniciarmos a discussão, pensamos que a primeira condição que deve ser analisada, para o fim que discutimos, é a apresentada por Sen (2008, p. 43-44), que afirma que todas as teorias normativas da ordem social que tenham logrado superar as críticas e obter algum êxito, parecem “exigir a igualdade de algo — algo que é considerado como particularmente importante nessa teoria”, exemplificando o autor, logo adiante, com Nozick que, ainda que

não exija igualdade de bens primários ou utilidade, exige "a igualdade de direitos libertários (*libertarian rights)* [que significa que] nenhuma pessoa tem mais direito à liberdade que qualquer outra".

Para Sen, então, as teorias sempre tratam as pessoas com igualdade, ainda que não no mesmo sentido, e sim no aspecto que é considerado importante para cada uma delas.

Assim, isso não significa que todas as teorias tratam da igualdade de forma idêntica, pois nada mais incorreto. Em verdade, são formas totalmente distintas. E são essas distinções na forma de encarar a igualdade, é conveniente registrarmos, o que definirá a maior ou menor aceitação de cada uma dessas teorias.

Como afirma Kymlicka (2006, p. 59), as teorias da justiça, ainda que não sejam definidas a partir do ideal de igualdade, buscam-na, e seu êxito nisto é o que define como serão julgadas.

Essa igualdade, cumpre anotarmos, deve ser vista na perspectiva do que se chama de igual consideração, ou seja, em uma sociedade, todas as pessoas devem ser tratadas com igualdade em algum aspecto, ainda que esse aspecto seja quase sempre distinto, na comparação entre as teorias.

Para entender melhor isso, podemos ver o que Dworkin diz a esse respeito. Dworkin (2011, p. IX), respondendo uma pergunta feita por ele mesmo, se é possível dar as costas à igualdade, assegura que "[n]enhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade".

Essa condição, de pensar a igualdade em algum aspecto, pensamos, é satisfeita pela teoria de Rawls. Em verdade, podemos dizer que a igualdade é justamente o que existe, principalmente, de inovação na teoria da justiça como equidade, de Rawls.

É que, sem embargo de ser dito textualmente por Rawls (2008, p. 19) que sua teoria é apresentada como uma alternativa ao utilitarismo — e ao perfeccionismo —, é necessário considerar que seu alcance é muito maior.

Rawls é um autor liberal que vai romper com o próprio pensamento liberal na versão clássica, afastando-se de uma vez da corrente que hoje denomina-se libertarismo.

E a igualdade é exatamente o que fará isso, ou melhor, que criará essa possibilidade, pois Rawls, ao tempo em que reafirma a importância da liberdade, na forma das liberdades básicas, das liberdades mais importantes, e presentes no princípio da liberdade igual, que é o seu primeiro princípio de justiça — e já considera, como visto, a igualdade, no caso em torno da liberdade —, apresenta como indispensável para a existência da justiça em uma sociedade

bem ordenada a igualdade em termos mais amplos, agora também em sentido substancial, em seu segundo princípio de justiça, e que é denominado de princípio da diferença.

Importante reiterar, não obstante de outra forma, que a igualdade nesse segundo princípio não é somente a igualdade em seu sentido formal, mas sim de forma mais ampla, que é em seu sentido material, e que é definida, assim como o princípio das liberdades iguais, a partir dos bens primários — no caso do segundo princípio, os bens em consideração são as oportunidades, a renda e a riqueza.

A respeito dos bens primários voltaremos mais adiante, porém, é conveniente desde logo dizer que essa igualdade é o que Sen (2008, p. 136) denomina de igualdade de meios, ou "igualdade de parcelas de bens primários ou de recursos", pois nesse momento ele está discutindo tanto a teoria de Rawls como a de Dworkin, da igualdade de recursos, exatamente porque está essa igualdade baseada em meios que são garantidos a todos, por apresentarem (esses meios), como afirma Rawls (2008, p. 108 e seguintes), a base das expectativas das pessoas.

Fechando a discussão a respeito dessa primeira condição, observamos que, além de Rawls responder positivamente, em sua teoria, à ideia de que a igualdade deve estar presente em qualquer concepção que se pretenda exitosa, foi além, firmando de forma sólida a noção de que, ao discutir justiça é preciso considerar mais do que simplesmente o ideal político da liberdade, ao incluir em sua concepção de justiça a igualdade, e a igualdade vista em sua dimensão material.

Foge então do binômio justiça–liberdade, que me parece tão bem acentuado, por exemplo, na fala de Comte-Sponville (2005, p. 105-106), quando se tem a falsa impressão de que somente a liberdade está em jogo quando se trata de discutir a justiça, e inclui a igualdade como um ideal político indispensável para uma justa distribuição de direitos entre os integrantes da sociedade.

Essa primeira condição, a propósito, não altera a natureza da teoria de Rawls, pois a inclusão da igualdade material por meio do princípio da diferença não modifica o fato de que na justiça como equidade o justo predomina sobre o bem.

Passando à segunda condição, importante iniciar dizendo que estamos convencidos de que, qualquer que seja a teoria da justiça, quer seja sua natureza deontológica ou teleológica, sempre haverá um mínimo de consequencialismo presente, ou seja, ainda que em uma teoria deontológica o justo tenha predomínio, precedência sobre o bem, não é cabível afirmar, de forma peremptória, sem salvaguardas, a conclusão de que será justo qualquer resultado que

for alcançado. A ideia de uma justiça procedimental pura, em que qualquer resultado é justo, não ocorre de forma absolutamente livre.

Kymlicka (2006, p. 14-15), depois de dizer que há dois atrativos no utilitarismo, que são o apartamento da moralidade de outras esferas, e seu consequencialismo — o que faz com que essa teoria não seja mais uma em que são definidas regras para serem seguidas, independentemente de suas consequências, estando de acordo com nossa intuição de que o bem estar humano tem importância —, afirma que o desafio contra o utilitarismo não pode assumir ~~a~~ forma de negação desses dois atrativos, mas sim ~~a~~ demonstração de que outra teoria se sai melhor em determiná-los.

Em relação ao primeiro atrativo, o liberalismo de princípios, seguindo nesse aspecto os ensinamentos de Kant, e a própria concepção liberal tradicional, também separa a noção de moralidade de outras esferas, especialmente a relação entre ela e a divindade. Não é esse atrativo que queremos discutir nesse estudo, todavia, e sim o seguinte.

É que contra esse segundo atrativo, a não desejada possibilidade de sua teoria produzir consequências em desacordo com o bem estar humano, e, por isso e em contrário, de ser a favor de alguma dose de consequencialismo, acreditamos que Rawls criou algumas salvaguardas, que se materializam em aspectos da teoria que garantem que, em primeiro lugar, os princípios da justiça não sejam escolhidos de forma tão aberta, possibilitando a escolha de princípios que poderiam ser negativos para parte dos integrantes da sociedade, e, em segundo lugar, definem, antes mesmo da eleição dos princípios de justiça, um conjunto mínimo de bens que serão garantidos a todas as pessoas.

Tratando do primeiro aspecto, Rawls (2008, p.158) fixou o que chamou de restrições formais do conceito de justo, que são "certas condições formais que parece razoável impor às concepções de justiça", e são apresentadas em número de cinco: generalidade na forma, universalidade na aplicação, publicidade em seu caráter, existência de uma ordenação das demandas conflitivas, e por último, a finalidade, que é o caráter definitivo (permanente), e que dão moldura mínima para os princípios da justiça.

Notemos que, para Rawls (2008, p. 164), as restrições devem ser vistas em seu conjunto. Assim, todo princípio de justiça deve ser publicamente reconhecido "como última instância de apelação para a ordenação das reivindicações conflitantes de pessoas morais".

Essas restrições impedem que as pessoas adotem como princípios de justiça, que servem para a distribuição dos direitos e deveres básicos entre os integrantes da sociedade, os que Rawls denomina de egoístas. Com efeito, Rawls (2008, p.165) afirma, textualmente, que "[o]s diversos tipos de egoísmo, então, não figuram na lista apresentadas às partes. São

eliminadas pelas restrições formais", já havendo dito antes que não seria aceitável alguém ter maiores benefícios que não venham em favor de outros, somente por alguma circunstância, como "maiores aptidões naturais" (RAWLS, 2008, p. 124), ou pelo "valor intrínseco", ou pela virtude das pessoas (*Idem*, p. 386-387).

Importante entender que, quando Rawls fala das listas que são apresentadas, esta é uma situação hipotética, que deveria ocorrer na posição original, quando as pessoas escolheriam os princípios. Na vida real, as restrições teriam o objetivo de impedir que as pessoas, ao eleger os princípios básicos, fizessem uma opção por princípios que fossem excludentes, ou seja, que pudessem impedir a ocorrência das situações que Rawls chama de egoístas. É o que ocorreria, por exemplo, na hipótese de um princípio que prejudicasse uma etnia determinada, ou que permitisse que os que têm mais recursos, ou talentos, pudessem ter mais direitos que os demais, ou que garantisse que alguém, por qualquer condição, pudesse ter vantagens em detrimento das demais pessoas.

O autor, é importante dizer, entende que essas restrições são naturais, e supõe que seriam "todas atendidas pelas concepções tradicionais de justiça" (RAWLS, 2008, p. 159), o que não impede, por exemplo, que, no desenvolvimento da distribuição dos direitos e deveres, sob a égide de uma determinada teoria da justiça, isso não aconteça.

Vejamos o que sucede no utilitarismo. Sem embargo de que as preferências de todas as pessoas sejam consideradas, independentemente de quais sejam, em primeiro momento, nem todas essas preferências serão objeto de consideração quando forem receber apoio dos responsáveis pela distribuição dos direitos que lhe correspondem, senão somente as majoritárias, excluindo-se as demais.

A respeito das restrições é possível dizer que não necessariamente revelam o consequencialismo que estamos tentando demonstrar, baseado no fato de que os princípios de justiça constituem, na justiça procedimental pura que Rawls adota, justamente o procedimento que leva até o resultado e não o resultado em si mesmo.

É verdade, mas ainda assim é uma forma que Rawls adota para criar limites para a adoção dos princípios de justiça, claramente interferindo na forma como os direitos e deveres serão distribuídos. Podemos dizer assim que é uma forma fraca de consequencialismo, pois embora trate do procedimento em si, pode interferir nos resultados.

Há, entretanto, uma mais forte — forte no sentido de conduzir a um mínimo de consequencialismo, e em comparação com a questão anterior, das restrições formais do conceito de justo, para não confundir com a denominação utilizada por Rawls na questão agora discutida, em que vamos ver que ele utiliza a palavra fraca, mas com outro significado.

Rawls (2008, p. 490) vincula os princípios de justiça a alguns bens, que chama de primários, fazendo uma distinção entre o que denomina teorias do bem, dizendo que "[o] motivo para fazê-lo é que na justiça como equidade o conceito de justo antecede o de bem".

É que, para Rawls (2008, idem), uma coisa só é boa se se ajusta aos princípios que já existem, não sendo possível, todavia, decidir a respeito desses princípios sem ter ao menos a suposição do que as partes desejariam, não obstante em caráter geral. Como diz Rawls (2008, p.491), "[i]ndivíduos racionais, seja o que for que queiram além disso, desejam certas coisas como pré-requisitos para realizar seus planos de vida", o que, pensamos, pode ser melhor compreendido se trocarmos o verbo desejar pelo necessitar, ou seja, para Rawls, indivíduos racionais sempre necessitam de alguns bens, que devem ser compreendidos como básicos, fundamentais, independentemente de qual seja o seu específico plano de vida.

Isso é o que Rawls (2008, p. 490) denomina de "teoria fraca do bem" e que está, repetimos, vinculada exclusivamente aos bens primários, desejados — que são necessários, como explicitamos acima — por todos os indivíduos, e não a todo e qualquer bem que possa ser objeto de desejo por alguém, para o cumprimento de seu plano de vida.

Isso é explicado, nesses termos, por Sandel (2005, p. 51), para quem a teoria é fraca porque trata das coisas que são hábeis para ser úteis para qualquer pessoa, independentemente de seus objetivos.

Aqui há, de forma bem mais clara, o consequencialismo que estamos identificando na teoria da justiça de Rawls, pois os princípios de justiça do autor estão expressamente vinculados à aquisição, por todas as pessoas, dos bens primários, que são necessários para o cumprimento de qualquer plano de vida, ou seja, servem para que as pessoas tenham esses bens que serão distribuídos pelas principais instituições sociais (RAWLS, 2008, p.65-66), mas não de todos os bens, ou seja, não todos os bens que são necessários para cada plano de vida de cada um dos indivíduos. Isso é que distingue, para Rawls, a teoria fraca da teoria plena do bem, porém, ainda assim, acreditamos, é uma forma de consequencialismo.

Sandel (2005, p.54) até afirma que são feitas objeções a respeito da teoria fraca do bem, que seria demasiado ampla, ainda que não esteja preocupado com essa ideia. É que, para Sandel (2005, p. 54-55), o mais importante é identificar o que faz com que a teoria do bem de Rawls seja fraca ou plena, pois a preocupação maior de Sandel é definir até que ponto o projeto de Rawls é deontológico, ou, mais que isso, para aquele autor, o que é importante é saber se os direitos podem ser justificados sem levar em conta uma concepção particular de vida boa (SANDEL, 2005, p.10).

Essa, a propósito, é uma indagação presente na análise que faz Sandel. É que, para esse autor (2005, p.23), a deontologia, em seu sentido moral, faz oposição ao consequencialismo por ter uma ética que tem deveres que assumem precedência sobre as outras preocupações morais e práticas.

Haveria então falta de coerência na teoria de Rawls? Acreditamos que não, pois essa pequena porção de consequencialismo também não impede a conclusão de ser a teoria da justiça como equidade uma teoria deontológica. É que, ainda que haja a indicação anterior de um conjunto de bens, chamados primários, eles são estabelecidos de forma geral para sua distribuição por intermédio dos princípios da justiça, e porque são necessários para qualquer projeto de vida, além de não impedirem que haja a precedência do justo sobre o bem, no caso os bens que compõem as concepções particulares de vida boa de cada uma das pessoas, estes posteriores à adoção dos princípios e manejados de acordo com o que é neles (nos princípios) estabelecido.

É que não poderia, na perspectiva adotada por Rawls, haver a definição de direitos e deveres sem considerar ao menos as expectativas gerais das pessoas e, como são somente as expectativas gerais, não há precedência dos bens sobre a justiça, o que somente ocorreria se fossem consideradas concepções particulares, o que Rawls não fez.

A segunda condição, por essas explicações, parece-nos satisfeita, tendo Rawls criado uma teoria com doses suficientes de consequencialismo, e em que fica clara sua preocupação com o bem estar humano na intensidade necessária, preocupação que se materializa quando ele cria restrições para as escolha dos princípios de justiça e, principalmente, vincula a escolha desses princípios a bens, disponíveis a todos, e que julga indispensáveis para que qualquer indivíduo possa buscar o seu projeto de vida, seja qual for esse projeto de vida, sem, contudo, como explicitado acima, desconstituir a natureza deontológica da teoria.

Isso, todavia, não eliminou toda uma série de críticas à justiça como equidade. Por exemplo, em dois livros importantes, Nozick e Sandel dedicaram críticas contundentes à teoria da justiça como equidade, ainda que em *Anarquia, estado e utopia* Nozick (2009) faça isso no bojo de uma discussão mais ampla, em que tenta mostrar sua ideia de que um estado mínimo é necessário, devendo ser regido por teoria que desenvolve, e que se estabelece em torno do binômio liberdade–propriedade privada, e em que a função redistributiva não é cabível, sendo esse último aspecto crucial para diferenciar sua teoria da concepção de justiça como equidade de Rawls, embora isso possa e deva ser feito em relação a toda a teoria, pois, não obstante ambas tenham como ponto de partida a visão liberal clássica, e suas bases, como

o princípio da neutralidade ética, por exemplo, elas diferem significativamente, não somente nos princípios, como também em relação ao papel e ao tamanho do estado.

Escolher princípios de justiça que são antecedidos pela definição de bens como renda e riqueza, que farão parte da base das expectativas das pessoas, sendo um desses princípios o princípio da diferença, dessa feita, não compõem as escolhas de Nozick, ainda que para buscar uma aceitação geral.

Para o que estamos especificamente discutindo, então, suas críticas têm menor peso, sendo melhor que nos concentremos em Sandel.

É que Sandel (2005, p. 10) faz opção por um caminho distinto; seu objetivo é, especialmente, discutir a teoria de Rawls, fazendo isso ao longo de todo o livro. De todas as críticas, talvez a mais contundente, e que poderia criar embaraços aos limites autoimpostos em sua teoria que, estamos defendendo, objetivam tornar a justiça como equidade mais propensa à sua aceitação geral, seja a da "prioridade do eu relativamente aos seus fins" (SANDEL, 2005, p. 247).

Não que a adoção por Rawls dos bens primários como a base das expectativas, e definidos antes dos princípios da justiça não possam ser justificados — como são, por Rawls —, e por sua generalidade, não impeçam a conclusão a respeito da prioridade do justo.

O problema é que sua adoção, ainda que eles não retirem a condição de deontológica da teoria de Rawls, cria atritos entre a concepção de pessoa de Kant, que em princípio não admitiria a escolha de bens *a priori*, e a de Rawls, que aceita essa escolha, com sua teoria fraca do bem.

Isso é resolvido por Rawls em *O liberalismo político* (2011), como admite o próprio Sandel (2005, p. 249), quando o primeiro sustenta que a prioridade do justo independe de qualquer concepção de pessoa.

Em verdade, Rawls (2011, p. 12 e seguintes), depois de apresentar, em *O liberalismo político*, sua ideia de concepção política de justiça, trabalha, mais adiante, com a noção de concepção política de pessoa, fazendo, como o próprio Sandel (2005, p. 252) reconhece, diferenciação entre a identidade pública e a identidade pessoal.

Podemos entender, a partir dessa discussão, ou mais propriamente, da sensível modificação operada por Rawls em sua teoria da justiça, quando abre mão da formulação de uma teoria abrangente de justiça em favor de uma teoria política de justiça, que esse é mais um limite autoimposto por Rawls em sua concepção, em busca de sua aceitação geral.

Não está em nosso objetivo central, nesse estudo, mas não pode deixar de ser nele observada, ainda que de forma mais resumida, pois está relacionada a uma das críticas que é

feita à justiça como equidade relativamente à concepção de pessoa de Rawls, que aparentemente sofreria abalos se fosse comparada à concepção da teoria kantiana, por conta, de forma destacada, pela fixação dos bens primários como base das expectativas, não obstante não somente por isso.

Mais que isso, a adoção dessa teoria como uma teoria política de justiça revela que não somente na formulação original de sua teoria, mas também nos ajustes nela realizados, Rawls teve a preocupação de formular uma concepção que não apenas fosse conforme suas ideias, mas sim aceitável de forma generalizada, em consonância com o pressuposto para a questão que intentamos responder neste estudo.

3. Considerações finais

Como visto, estamos supondo que as teorias da justiça, não obstante construam suas bases em ideais políticos específicos, e que determinam a distribuição dos direitos e deveres para os integrantes da sociedade, normalmente fixam limites para as consequências de sua adoção, buscando sua aceitação geral ou, pelo menos, para a maior parte das pessoas. Pensamos que há bases teóricas que sustentam essa suposição, o que inclui a teoria da justiça como equidade, de Rawls.

A respeito dos limites, Sen por exemplo registra que todas as teorias da justiça que tiveram algum êxito, para que possam ter aceitação geral, consideram a igualdade em algum espaço. O mesmo afirma Dworkin.

Para além dessa questão, acreditamos que existe outra condição, que é a necessidade de haver a tentativa de buscar consequências mínimas que são desejadas (um pouco de consequencialismo), e que impeçam resultados desastrosos para as pessoas, ou para um grupo de pessoas. Kymlicka, cremos, sustenta essa ideia.

Essas duas questões, pensamos, são observadas na teoria da justiça como equidade de Rawls.

Em primeiro lugar, a igualdade ocupa espaço importante na teoria de Rawls, tanto no aspecto formal como no material, sendo o princípio da diferença precisamente o diferencial da teoria de Rawls em relação ao pensamento liberal tradicional, e que acaba gerando outras consequências, como o tamanho do papel do estado, além de ser um aspecto que pode tornar atrativa a sua teoria.

De outro lado, a teoria de Rawls tem preocupação clara com suas consequências. Primeiro, na adoção dos princípios de justiça, que são escolhidos com liberdade, porém

respeitando limites estabelecidos previamente, a partir do que Rawls chama de restrições formais do conceito do justo, e que são, nomeadamente: a generalidade, a universalidade, a publicidade, a ordenação, e sua capacidade de dar solução para reivindicações que estejam em conflito.

Depois, em razão do que Rawls constrói sob a denominação de teoria fraca do bem, e que define que há bens, que ele chama de primários, que são a base das expectativas sociais, e que são anteriores e orientam a definição (eleição), pelos indivíduos representativos, dos princípios de justiça.

Essa situação, objeto de críticas de Sandel, por poder indicar um desvio de uma teoria verdadeiramente deontológica, não é uma crítica plausível, como vimos acima, porque o que é importante é que haja predominância do justo sobre o bem — e isso é uma característica clara na teoria de Rawls —, mostra que está presente na teoria deste autor a preocupação a respeito da construção de uma concepção que possa ser objeto de aceitação geral, em seu caso exatamente porque baseada em princípios que não são excludentes e porque garante (a teoria) ao menos o mínimo para todos, até em sentido material.

Tudo considerando o fato de que isso é o mínimo de que as pessoas necessitam para ter do Estado tratamento igualitário, a igual consideração de que falam Sen e Dworkin, como visto mais acima.

É possível, sem embargo, ao lado dessas condições da teoria de Rawls na busca de sua aceitação geral, também, apontar outra consideração feita pelo autor, que foi a transformação de uma teoria abrangente de justiça em uma teoria política de justiça, e seu abandono de uma teoria da pessoa — na verdade a adoção de uma concepção política de pessoa —, como se pode ver em *O Liberalismo político*, e que é acentuada por Sandel.

Essas importante alteração na teoria da justiça como equidade, de um lado objetiva neutralizar críticas que Rawls recebeu e, de outro, pensamos também, encaminha suas ideias na direção da desejada aceitação geral.

Finalizando esse curto texto, é importante dizer que, se essa tentativa de aceitação geral não é somente um objetivo de Rawls, como pensamos que não é, e sim da maioria dos autores das diversas concepções de justiça, pode-se pensar que agora se cria, aparentemente, um novo problema: se todas as concepções de justiça miram a igualdade, e têm ao menos algo que lhes permita ter plausibilidade, e possibilitar sua aceitação geral, como definir a mais justa entre elas?

Pensamos que a solução pode ser simples. Mirando os ideais políticos que são garantidos por cada teoria, e o alcance positivo de suas consequências, em relação às pessoas,

em situações normais ou não. Utilizando o liberalismo de princípios como a base, se entendemos que igualdade, em seu aspecto material, é um ideal importante na construção de uma concepção de justiça, está claro que temos de descartar o libertarismo, ainda que em casos extremos a igualdade possa estar presente, pois não é um ideal que seja considerado para a construção da teoria libertária.

De outro lado, se entendemos que uma teoria só é justa se garante ao menos o mínimo para todas as pessoas, o utilitarismo não é uma teoria adequada, porque quando se define como gerais as preferências da maioria da comunidade, está claro que ao menos algumas pessoas serão deixadas de lado. Em outra perspectiva, mas com as mesmas consequências, a proposta comunitarista, que trabalha com a ideia de moral coletiva, que tem predominância em relação à moral individual, e que termina por interferir na forma como as pessoas devem utilizar sua liberdade na definição de um plano de vida julgado por cada um como valioso.

Só não podemos pensar que a adoção de um ou outro ideal político, ou seu alcance, deverá, sempre, ser vista sem limites, pois, como construções que se destinam a reger os destinos das pessoas, e ter aceitação, as teorias da justiça normalmente prescrevem salvaguardas que garantem sua aceitação geral.

Referências

COMTE-SPONVILLE, André. *A filosofia*. Tradução Joana Angélica D'Avila Melo. São Paulo: Martins fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. 2ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

HAYEK, Friedrich. *O caminho para a servidão*. Tradução de Marcelino Amaral. Lisboa — Portugal: Edições 70, 2014.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução.* Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Tradução Vitor Guerreiro. Lisboa — Portugal: Edições 70, 2009.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3ed. São Paulo: Martins fontes, 2008.

_____. *O liberalismo político*. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

SANDEL, Michael. *O liberalismo e os limites da justiça*. Tradução Carlos E. Pacheco do Amaral. 2ed. Lisboa — Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Tradução Ricardo Doninelli Mendes. 2ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

TAYLOR, Charles. Hegel e a sociedade moderna. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições loyola, 2005.