XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

FERNANDO DE BRITO ALVES

GABRIELA MAIA REBOUÇAS

ISAAC COSTA REIS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal 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

Coordenadores: Fernando De Brito Alves; Gabriela Maia Rebouças; Isaac Costa Reis - Florianópolis: CONPEDI, 2017

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-419-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Igualdade 3. Princípios. 4.Filosofia.

XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

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

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido em Brasília entre os dias 19 e 21 de julho de 2017, teve como tema central "Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do Direito nas Políticas Públicas."

Ao longo de três dias, professores e pesquisadores de todo o Brasil debateram os principais temas ligados aos aspectos práticos e teóricos de sua atividade. Nesse contexto, o Grupo de Trabalho intitulado "Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I" ocorreu na tarde do terceiro dia, sob a coordenação dos Professores Dr. Fernando de Brito Alves, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Dr.ª Gabriela Maia Rebouças, da Universidade Tiradentes/SE e Dr. Isaac Reis, da Universidade de Brasília- UnB.

Os trabalhos foram agrupados em blocos temáticos, visando possibilitar um diálogo mais profícuo dos temas. Após um conjunto de apresentações individuais, seguiu-se ao debate, que primou pela escuta atenta, pela colaboração entre os pares e pela problematização dos coordenadores, no intuito de qualificar e adensar as pesquisas, propondo melhorias na delimitação de seus objetos, de forma que todos os presentes manifestaram o apreço de se sentirem contemplados .

O primeiro grupo de trabalhos tratou de temáticas ligadas a igualdade, diferença e desigualdade, indo de questões como o acesso à terra e cotas raciais, até a discussão sobre o conceito de sujeito na modernidade e na pós-modernidade. No segundo bloco, as pesquisas giraram em torno das teorias e processos decisórios no Direito: ponderação de princípios, discricionariedade, ônus da prova, eficiência e argumentação estiveram entre os temas destacados. O terceiro bloco teve como foco as teorias da justiça e suas exigências nos processos decisórios, tanto judiciais quanto em matéria de políticas públicas. Um quarto bloco de pesquisas priorizou a abordagem de questões teóricas ligadas a aspectos linguísticos, argumentativos e justificativos do Direito enquanto prática decisional, ao passo que o último grupo de trabalhos buscou a aplicação das teorias na análise de discursos e decisões acerca de questões como união homoafetiva, direito à saúde e trabalho escravo.

Como conclusão, o grupo afirmou a tendência da área de Filosofia do Direito (e suas subdivisões) de caminhar na direção de pesquisas que utilizem os marcos teóricos

efetivamente como instrumentos para a análise de problemas jurídico-sociais concretos (teóricos ou práticos). Criticou-se a utilização de teorias desvinculadas de suas condições reais de produção e das questões a que elas procuraram, a seu tempo, dar respostas, apontando para um um paradigma de pesquisa no qual os autores e teorias mainstream sejam compreendidos a partir de sua realidade econômica, política e social.

As contribuições apresentadas deixaram patente que as comunidades acadêmicas ligadas ao GT, oriundas de diversos grupos de pesquisa e linhas dos programas stricto sensu no Brasil, com representatividade de todas as regiões – norte, nordeste, centro oeste, sul e sudeste – estão em processo de autoquestionamento e franco desenvolvimento, adensando e qualificando o debate , o que seguramente contribuirá para o aumento da qualidade da Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Prof. Dr. Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof.ª Dr.ª Gabriela Maia Rebouças - Universidade Tiradentes

Prof. Dr. Isaac Reis - Universidade de Brasília (UnB)

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA TEORIA DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS

THE EFFICIENCY PRINCIPLE IN RAWLS'S THEORY OF JUSTICE AS FAIRNESS

Geraldo Neves Leite [1]

Resumo

O presente artigo expõe a teoria de justiça como equidade de Rawls e como ela enfrenta a questão da justiça distributiva. É uma pesquisa qualitativa baseada em revisão bibliográfica. Rawls tem uma concepção de justiça redistributiva e nela o justo precede o bem e a justiça tem prioridade sobre a eficiência. Na sua teoria, o princípio da eficiência não atende as expectativas dos menos favorecidos, em um cenário de desigualdade econômica e social, por isso sugere o princípio da diferença. O artigo apresenta objeções a este princípio e propõe uma reinterpretação dos conceitos de eficiência e justiça como equidade.

Palavras-chave: Teoria da justiça, Justiça como equidade, Princípio da eficiência

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents the Rawls's theory of justice as fairness and how it addresses the question of distributive justice. It is a qualitative research based on literature review. Rawls has a conception of redistributive justice and it just above the good and justice takes precedence over efficiency. In his theory, efficiency principle does not meet the expectations of the worst-off, in a scenario of economic and social inequality, so it suggests the difference principle. The article presents objections to this principle and proposes a reinterpretation of the concepts of efficiency and justice as fairness.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of justice, Justice as fairness, Efficiency principle

[1] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Juiz de Direito E-mail: gnleite@globo.com

1 INTRODUÇÃO

Uma das questões mais intrigantes enfrentadas na filosofia política é como distribuir os direitos e as liberdades em uma sociedade para que ela seja justa e bem-ordenada? A resposta desta questão é difícil e complexa a ponto de suscitar diversas concepções de justiça distributiva que, ao seu modo, procuram responder à questão, apresentando modelos teóricos que relacionam ideais políticos caros a toda sociedade.

Até a exposição da Teoria de Justiça como Equidade de John Rawls, os filósofos políticos como Benthan, Mill e Hayek trabalhavam uma ideia de justiça que levava em consideração apenas o papel da liberdade como ideal político fundamental de uma sociedade justa. Rawls apresentou sua teoria de justiça fazendo uma relação entre liberdade e igualdade, e desenvolveu uma concepção de justiça distributiva alicerçada em dois princípios de justiça social: o princípio da igualdade e o princípio da diferença.

Como liberal de princípios, Rawls desenvolveu sua teoria através de alguns pressupostos para lhe dar sustentação. Para o desenvolvimento deste ensaio, interessa destacar a sua compreensão de que a liberdade tem preferência sobre a igualdade, que a justiça tem preferência sobre a eficiência e que, por ser deontológica sua teoria, o justo precede o bem.

Por meio destas premissas pode-se prever o papel que exerce a eficiência, notadamente, o princípio da eficiência, na teoria da justiça de Rawls. O filósofo reconhece que a eficiência é um princípio que deve ser observado por alguns sistemas de sociedade como a da liberdade natural e o da igualdade liberal, mas que não responde bem ao sistema que considera mais justo, o da igualdade democrática. Para resolver tal questão, ele propõe o princípio da diferença, por meio do qual reconhece que as desigualdades econômicas e sociais são inevitáveis em uma sociedade moderna, mas que devem ser controladas, mediante parcelas distributivas que promovam igualdade equitativa de oportunidades e que satisfaçam prioritariamente os menos favorecidos.

O artigo apresenta objeções a este princípio e propõe uma reinterpretação dos conceitos de eficiência e justiça como equidade. Considerando o objetivo do artigo, a linha de pesquisa adotada foi dogmática, ancorada, quanto ao tipo de abordagem, em pesquisa qualitativa e, quanto ao procedimento metodológico, em revisão bibliográfica de livros e artigos científicos pertinentes ao tema, que pudessem permitir uma melhor compreensão do objeto deste estudo.

O artigo está dividido em três seções. Na primeira seção, pretende-se descrever como Rawls constrói sua teoria de justiça como equidade, a partir dos dois princípios de justiça social que, segundo ele, seriam escolhidos por indivíduos representativos em uma posição hipotética, original, sob uma condição restritiva de suas contingências econômicas e sociais, o véu da

ignorância. No item seguinte, apresentar-se-á as diversas concepções de eficiência, especificamente, aquelas que decorrem dos critérios de Pareto, Kaldor-Hicks e Maximização da Riqueza Social, a fim de esclarecer qual das concepções foi admitida na teoria da justiça como equidade.

Na terceira e última seção, destacar-se-á como o princípio da eficiência foi percebido na teoria da justiça como equidade de Rawls, sua implicação para a concepção do princípio da diferença e propor uma releitura de sua teoria se acaso a eficiência e a equidade fossem vista sobre ângulo diverso, não antagônico.

Por fim, a partir da construção teórica abordada, serão feitas as considerações finais, explicitando os principais pontos sustentados.

2 A TEORIA DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS

John Rawls é reconhecidamente o maior expoente contemporâneo da filosofia política, cuja contribuição está no desenvolvimento de uma teoria de justiça sólida e consistente, a Teoria da Justiça como Equidade, que, segundo o próprio filósofo, é a que melhor distribui os direitos e liberdades entre os integrantes de uma sociedade.

Além de ter uma teoria de justiça densa, Rawls tem um modelo de teoria que serve de base para discussão de todas as outras concepções de justiça, porque a forma como ela foi estruturada suscitou novas discussões sobre filosofia política. Até a formulação de sua teoria de justiça, a discussão sobre filosofia política estava muito centrada acerca de um único ideal político, o da liberdade. Por meio de sua teoria e a partir de então, o ideal político de igualdade foi alvo de intenso debate pelos filósofos políticos.

A Teoria de Justiça formulada por Rawls serviu como alternativa sistemática em relação ao utilitarismo e ao intuicionismo. Na visão de Kymlicka (2006), Rawls considera o intuicionismo um agrupamento incoerente de ideias e princípios, ou seja, “uma abordagem que é pouco mais do que uma série de anedotas baseadas em intuições específicas a respeito de questões específicas” (KYMLICKA, 2006, p. 64).

Para Rawls (2008), o intuicionismo é uma alternativa insatisfatória ao utilitarismo, porque, embora tenhamos intuições anti-utilitaristas em assuntos específicos, também queremos uma teoria alternativa que confira sentido a estas intuições. Como o intuicionismo se apresentava como uma mistura de ideias e princípios que na maioria das vezes conflitavam

entre si, não havendo dentro desta teoria nenhuma orientação de como resolver esses conflitos[1], Rawls vem propor uma teoria que estabeleça alguma prioridade entre os princípios conflitantes.

A Teoria de Justiça como Equidade de Rawls é baseada, portanto, na ideia de que princípios de justiça não são vistos de forma equivalente, mas de forma lexical, hierarquizada, onde há um princípio primeiro e um princípio segundo que vão buscar equilibrar os dois ideais políticos mais importantes: a liberdade e a igualdade.

O Liberalismo passa a ser visto, a partir da teoria apresentada por Rawls, não apenas preocupado com a liberdade, mas também com a igualdade. Uma sociedade liberal não tem como sobreviver apenas do ideal político da liberdade, mas precisa atender também o ideal político da igualdade.

Neste contexto, a sua teoria de justiça é desenvolvida a partir de uma ideia central de que todos os bens primários sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases do auto-respeito – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de qualquer um ou de todos estes bens seja vantajosa para os menos favorecidos e em uma concepção de justiça baseada na existência de dois princípios de justiça social: o princípio da igualdade (igual liberdade básica para todos) e diferença (desigualdade social e econômica controlada).

A formulação final dos dois princípios de justiça foi assim delineada:

> *Primeiro princípio* (princípio da igualdade de liberdades básicas): Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que semelhante para todos;
> *Segundo Princípio* (princípio da desigualdade controlada): As desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que:
> (a) se estabeleçam para o máximo benefício dos menos favorecidos, compatível com a restrição do princípio da poupança (princípio da diferença);
> (b) estejam vinculados a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (princípio da igualdade equitativa de oportunidades). (RAWLS, 2008, p. 376)

A aplicação destes dois princípios dentro de uma estrutura básica da sociedade deve, segundo Rawls, obedecer duas regras de prioridade léxica:

> *Primeira regra de prioridade (a prioridade da liberdade)*: os princípios de justiça só podem limitar liberdades básicas em nome da própria liberdade: (a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdade; (b) uma liberdade desigual deve ser aceita por quem tem menos liberdade.
> *Segunda regra de prioridade (a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar)*: o segundo princípio de justiça precede lexicalmente o princípio

[1] É comum as pessoas falarem sobre equilibrar intuitivamente igualdade e liberdade ou igualdade e eficiência, mas essa abordagem intuitiva, quer no nível de preceitos específicos, quer no de preceitos gerais, não são apenas insatisfatórias, mas também inúteis em questões práticas, por não apresentar solução adequada quando estes preceitos irredutíveis e específicos entram em conflito.

> da eficiência e o princípio da maximização da soma das vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio da diferença, em dois casos: (a) a desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm menos oportunidades; (b) uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo (RAWLS, 2008, p. 376).

Destes princípios e regras de prioridade, conclui-se que alguns bens sociais são mais importantes do que outros e, portanto, não podem ser sacrificados para melhorar outros bens. Segundo Kymlicka (2006, p. 68), "as liberdades iguais têm precedência sobre a igual oportunidade, que tem precedência sobre os recursos iguais". Entretanto, dentro de cada regra lexical, permanece a ideia de justiça de Rawls: uma desigualdade só é aceita se beneficia os que se encontram em pior situação. Neste contexto, as duas regras de prioridade não afetam o princípio básico de parcelas equitativas que permanece em cada categoria de bens sociais.

Esses dois princípios são a resposta de Rawls à questão da justiça que, segundo o próprio filósofo, não foram bem enfrentadas pelo utilitarismo e intuicionismo. Nesta seção, será feita uma breve apresentação da teoria de justiça, mais à frente, após serem apresentadas as diversas concepções de eficiência, serão abordados os argumentos de Rawls a favor do segundo princípio – que ele chama de "princípio de diferença", que governa a distribuição dos recursos econômicos e porque, na visão do autor, ele tem prioridade sobre o princípio da eficiência.

Pois bem, os princípios de justiça, segundo a teoria, seriam escolhidos a partir de uma posição original, pelas partes representativas da sociedade sob uma condição restritiva chamada de véu de ignorância. A posição original, para Rawls, não é considerada como um estado de natureza, mas sim "situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça" (RAWLS, 2008, p. 14). Nessa posição, as pessoas estão por trás de um "véu de ignorância", de modo que "ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou seu *status* social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero" (RAWLS, 2008, p. 15).

Longe de ser uma exigência bizarra de distanciamento da realidade social e dos desejos naturais dos indivíduos, o véu da ignorância é um teste intuitivo de equidade, semelhante a uma divisão equitativa de um bolo quando a pessoa que vai cortá-lo, não saiba com qual pedaço vai ficar[2].

---

[2] Kymlicka (2006, p. 79) adverte que, para Rawls, o caso de escolher princípios na posição original é essencialmente diferente de cortar um bolo sem saber qual pedaço lhe caberá. Ele chama o primeiro caso um exemplo de "justiça procedimental pura", enquanto o segundo é "justiça processual perfeita". Em cada caso, supõe-se que um processo produza resultados justos. No primeiro caso, porém, não há nenhum "critério independente e já pressuposto do que é justo", enquanto, no segundo caso, há. De todo modo, os dois casos compartilham a ideia de que o uso da ignorância é razoável para assegurar decisões imparciais e equitativas.

A escolha desses princípios na posição original faz parte do primeiro estágio de uma sequência de quatro estágios, que esclarece como os princípios devem ser aplicados para as instituições sociais. O primeiro estágio seria, então, a escolha dos princípios de justiça na posição original. Após a adoção dos princípios, o segundo estágio seria a convenção constituinte, na qual as partes escolheriam a Constituição de uma sociedade democrática, baseada em "um sistema para os poderes constitucionais do governo e para os direitos fundamentais dos cidadãos" (RAWLS, 2008, p. 241).

O terceiro momento seria o estágio legislativo, em que as partes aprovariam as leis fundamentais que iriam reger a sociedade. Ressalte-se que, enquanto o primeiro princípio (da liberdade igual) é o objetivo a ser alcançado com a convenção constituinte, o segundo princípio (da diferença) entra em ação no estágio legislativo. Para Rawls (2008, p. 244), ele "determina que as políticas sociais e econômicas visem maximizar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades, desde que as liberdades iguais sejam preservadas".

O último estágio seria o da aplicação das normas a casos específicos por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral. Neste estágio, segundo Rawls, (2008, p. 245), "todos têm acesso completo a todos os fatos. Não há mais limites ao conhecimento, pois já foi adotado o sistema completo de normas que se aplica aos indivíduos em virtude de suas características e circunstâncias".

Neste contexto, o primeiro estágio de escolha dos princípios de justiça teria um componente de justiça procedimental pura, na qual as partes fariam as deliberações, mediante a condição restritiva de véu de ignorância, o que exigiria decisões imparciais. Por outro lado, os demais estágios – convenção constituinte, estágio legislativo e aprovação e observância das normas – exigiriam que as partes fizessem a retirada parcial do véu da ignorância para aprovar uma Constituição justa e eficaz. Para isso, em face da aproximação com a realidade de uma sociedade moderna, esses estágios teriam um componente de justiça procedimental quase pura[3].

As circunstâncias da justiça são também relevantes na sua teoria. Segundo o autor, estas circunstâncias podem ser compreendidas como as condições normais nas quais a cooperação humana é tanto possível quanto necessária (RAWLS, 2008, p. 153) e podem ser divididas em circunstâncias objetivas e subjetivas. A circunstância objetiva é o reconhecimento da escassez

[3] O autor ressalta que entre várias alternativas, a regra da maioria democrática é a melhor maneira de garantir uma legislação justa e eficaz. Esta regra apresenta algumas condições de justiça de fundo fundamentais, como a liberdade de expressão, liberdade de participação em assuntos públicos, liberdade de influenciar por meios constitucionais os rumos da legislação. Ocorre que, mesmo com a observância dessas condições, não haverá garantia de uma legislação justa. É uma situação de justiça procedimental quase pura.

moderada de recursos. A outra circunstância, a subjetiva, é a compreensão da existência de pluralidade e de conflito de interesses dos sujeitos da cooperação social. Segundo Rawls, em resumo, "as circunstâncias da justiça se verificam sempre que os indivíduos apresentam reivindicações conflitantes à divisão das vantagens sociais em condições de escassez moderada" (RAWLS, 2008, p. 155).

Além disso, na teoria de justiça de Rawls o conceito de justo antecede o conceito de bem. Rawls precisa de uma teoria do bem, não para descaracterizar o caráter deontológico de sua teoria, mas para fortalecer sua ideia, pois para ele a escolha de bens primários, que muitos comentadores consideram o mínimo existencial, bens que todos escolheriam, antecede a escolha dos princípios da justiça, porque bens primários são bens necessários para esta escolha. Nessa seara, a concepção de cada indivíduo sobre o bem próprio se adapta aos princípios de justiça, justamente porque, na justiça como equidade, o conceito de justo antecede ao de bem.

Os bens primários, na sua teoria, são compreendidos como algo que sempre seria melhor ter muito do que pouco, coisas que todo homem racional deseja mais que outras ou deseja ainda que deseje outras. Sobre esses bens primários, Rawls adverte que eles:

> Não são dados empíricos, mas são construídos a partir de uma ideia racional de bem, agregada à ideia de cidadãos livres e iguais. Nesse aspecto, é preciso lembrar que se trata de uma visão política de bem não relacionada a nenhuma doutrina abrangente.
> Seguindo esse raciocínio, o autor enumera os bens primários em uma lista preliminar (ele mesmo admite que ela possa ser aumentada), a qual contém os seguintes itens:
> a) Os direitos e liberdades fundamentais, que também constituem uma lista;
> b) Liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas;
> c) Poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica;
> d) Renda e riqueza;
> e) As bases sociais do auto-respeito (DIAS, 2007, pg. 67).

Como se observa, a lista de bens primários de Rawls compreende auto-respeito, direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza. Esses bens são fundamentais para a ideia de cidadãos livres e iguais. Embora se esteja diante de uma teoria deontológica, não é possível prescindir desses bens.

Outra questão importante a destacar para os fins desse trabalho, a partir da concepção de bem defendida por Rawls, é que a Teoria de Justiça como Equidade reconhece o indivíduo como um ser autônomo, como um fim em si mesmo e não como uma coisa ou um meio para obtenção de algo para outra pessoa. Além disso, ao fazer uma interpretação kantiana da Justiça

como Equidade, Rawls sustenta que os princípios da justiça são análogos aos imperativos categóricos[4]. Para Rawls (2008, p. 314):

> A argumentação a favor dos dois princípios de justiça não presume que as partes tenham objetivos específicos, mas apenas que desejam certos bens primários. São coisas que é racional querer, seja lá o que mais se deseje. Assim, dada a natureza humana, desejá-los é parte de ser racional e embora se presuma que cada qual tenha uma concepção de bem, nada se sabe sobre seus objetivos últimos. A preferência por bens primários provém, portanto, apenas das suposições mais gerais sobre a racionalidade e sobre as condições da vida humana. Agir com base nos princípios da justiça é agir com base em imperativos categóricos, no sentido de que eles se aplicam a nós quaisquer que sejam os nossos objetivos específicos.

Toda essa contextualização da teoria rawlsiana feita até esse ponto será importante para demonstrar quais as razões que levaram o autor a considerar que a justiça como equidade tem prioridade sobre a eficiência em um cenário de justiça distributiva e porquê, para Rawls, mesmo instituições eficientes e bem-ordenadas devem ser eliminadas, se forem injustas.

Antes de enfrentar essas questões, impõe-se esclarecer quais as concepções mais comuns sobre a eficiência e qual delas serviu de base para que Rawls desenvolvesse o princípio da diferença, o segundo princípio de justiça. Esse é objeto de estudo da próxima seção.

3 AS DIVERSAS CONCEPÇÕES DE EFICIÊNCIA

A ideia de eficiência mais comum é aquela que relaciona os meios necessários para obtenção de um determinado resultado. Ela está diretamente ligada a produção de recursos. Na visão de Stone (*apud* DIAS, 2016, p. 79), “it is a way of judging the merits of different ways of doing things”[5].

Afirmar que um meio é eficiente significa que, diante da multiplicidade de meios que podem ser utilizados para se alcançar um determinado objetivo, um deles atinge melhores resultados que os outros.

O problema a respeito da concepção de eficiência é que ela não pode ser calcada apenas em termos econômicos de custo e benefício, por ser um dado apenas objetivo. Por esse raciocínio, seria apenas eficiente um processo produtivo “quando não fosse possível gerar os

[4] Por imperativo categórico, Kant entende um princípio de conduta humana que se aplica à pessoa em virtude de sua natureza de ser racional livre e igual. A validade do princípio independe que se tenha determinado desejo ou objetivo. Ao passo que um imperativo hipotético, por outro lado, supõe a existência de um objetivo específico a ser alcançado. Quer se trate de um desejo voltado para determinada coisa, quer se trate de um desejo de algo mais genérico, como certos tipos de sentimentos mais agradáveis ou prazeres, o imperativo correspondente é hipotético. (RAWLS, 2008, p. 314)

[5] É uma maneira de julgar os méritos de diferentes maneiras de fazer as coisas (tradução live).

mesmos resultados usando os mesmos insumos ou não fosse possível produzir mais resultados com qualquer combinação de insumos" (DIAS, 2016, p. 80). Essa abordagem, por ser ligada ao aspecto quantitativo da relação entre dois parâmetros – insumos e resultados –, demonstra um caráter nitidamente utilitarista.

Um outro critério de eficiência é chamado de Eficiência de Pareto e está diretamente ligado a alocações de recursos, como veremos a seguir.

3.1 A EFICIÊNCIA DE PARETO

O princípio de eficiência segundo o critério de Pareto[6] é aquele segundo o qual a alocação de recursos é superior quando pelo menos uma pessoa se vê beneficiada e nenhuma prejudicada. O *Ótimo de Pareto* é alcançado quando não são possíveis novos ajustes distributivos em benefício de alguém sem prejuízo de outra pessoa.

A eficiência de Pareto foi considerada pelo próprio Pareto como solução para o problema clássico do utilitarismo prático, qual seja, "o de medir a felicidade das pessoas para avaliar o efeito de uma política na utilidade total da sociedade" (POSNER, 2010, p. 105). Como há uma dificuldade para medir a utilidade, a única maneira de demonstrar, segundo o critério de eficiência de Pareto, a superioridade de uma alteração da alocação de recursos é considerar que houve o consentimento geral das pessoas afetadas.

As objeções contra o utilitarismo e, por sua vez, contra o conceito da eficiência ligada à ética utilitarista levaram muitos economistas à definição de eficiência, seguindo critérios como o de Pareto, que limitam os resultados de transações voluntárias. Imagine-se, por exemplo, que a empresa A vende a um consumidor B um telefone celular por $500, que ambas as partes têm informações plenas e que a transação não afeta ninguém mais. Podemos afirmar que a utilidade de $500 para empresa A é maior que o telefone celular, sendo o inverso verdadeiro para o consumidor B, embora não saibamos em que medida a transação aumentou as utilidades de A e B. Então, afirma-se que a alocação de recursos que se produz com a transação é, no sentido de Pareto, superior à alocação de recursos existentes antes da transação. Como se observa, uma distribuição eficiente no sentido de Pareto (Ótimo de Pareto) é aquela que melhora a situação de uma pessoa pelo menos e que não piora a situação de ninguém. No exemplo acima, a transação melhora a situação dos sujeitos A e B e, em tese, não piora a situação de ninguém.

[6] Vilfredo Pareto (1843-1923), economista italiano, professor em Lausanne, que desenvolveu uma versão da teoria econômica do equilíbrio da concorrência perfeita.

Neste aspecto, à primeira vista, o critério de eficiência de Pareto é uma unanimidade entre todas as pessoas afetadas.

O critério de eficiência de Pareto parece facilmente aceito dentro de um processo de escolha social. Contudo, há objeções. O próprio John Stuart Mill, um liberal do século XIX e expoente do utilitarismo, que defende que toda pessoa tem direito à máxima liberdade desde que não imponha um dano à liberdade de mais ninguém, poderia fazer objeção.

Posner (2007, p. 39) traz um exemplo bem elucidativo de uma transação eficiente segundo o critério de Pareto, que afetaria o direito à liberdade de religião:

> Imaginemos una sociedade integrada por dos indivíduos (o dos grupos homogéneos, para volverla um poco más realista). A, um protestante, no quiere que B, um católico, leal a Biblia católica. A preferiria la Biblia, ya que se considera suficientemente inoculado contra la herejia católica. Su última elección es que B lea el libro. La primera elección de B es que se obligue a ler la Biblia católica – él la necessita más que nadie, siendo um protestante – y su segunda elección es que sólo se permita leerla a él mismo, B. Su última elección, obviamente, es que el libro sea proscrito. Así que lo único en que convienen A y B es en que es mejor que se permita a ler el libro y no que se permita a B leerlo[7].

Nesse exemplo, a primeira escolha de cada um dos envolvidos seria atendida se ao indivíduo A fosse permitido ler a Bíblia católica e ao indivíduo B fosse proibido. A despeito dessa escolha ser eficiente no sentido de Pareto, pois melhoraria a situação de ambos, a partir de suas escolhas, ela contraria a posição liberal, pois implica na proibição de que B, por exemplo, leia um livro que desejaria ler.

Outra objeção contra o princípio de eficiência baseada no critério de Pareto é que tem poucas aplicações no mundo real, porque a maioria das transações tem efeitos sobre terceiros. A eficiência no sentido de Pareto se revela inatingível quando se verifica que num cenário de distribuição de recursos há mudanças alocativas que produzem perdas e ganhos aos participantes da sociedade e esse critério não permite avaliar se essas mudanças são boas ou ruins (CASTRO, 2011, p. 45).

3.2 A EFICIÊNCIA DE KALDOR-HICKS

[7] Imaginemos uma sociedade composta por dois indivíduos (ou dois grupos homogêneos, para torná-lo um pouco mais realista). A, um protestante, não quer que B, um católico, leia uma Bíblia católica. A prefere ler a Bíblia, por se considerar suficientemente vacinado contra a heresia católica. Sua última escolha é que B leia o livro. A primeira escolha de B é que A seja obrigado a ler a Bíblia católica – ele necessita mais do que ninguém, sendo um protestante - e sua segunda escolha é que seja permitida apenas que ele, B, leia. Sua última escolha, obviamente, é que a leitura do livro seja proibido. Então, tudo o que A e B concordam é que o melhor será permitir que A leia o livro e que B não seja autorizado a lê-lo. (Tradução livre)

O princípio de eficiência segundo o critério de Kaldor[8] e Hicks[9] foi desenvolvido para superar as limitações do critério de eficiência de Pareto. Cada um dos teóricos desenvolveu esquemas teóricos independentes que conjuntamente considerados contornariam a necessidade da unanimidade, substituindo o consenso pela indiferença das partes em relação ao resultado (CASTRO, 2011, p. 47).

Para Kaldor-Hicks, a eficiência de uma mudança alocativa de recursos se dá quando preenche cumulativamente as seguintes características:

a) Os mais favorecidos sejam capazes de compensar os menos favorecidos e ainda resguardar para si algum benefício da mudança (critério de Kaldor); e
b) Os menos favorecidos não possam oferecer aos mais favorecidos oferta que lhes demova o interesse ou lhes torne indiferente a mudança (critério de Hicks)[10]

Conjugando os critérios, tem-se que uma alteração na alocação de recursos será eficiente, segundo o critério de Kaldor-Hicks, se o aumento no valor decorrente das transações for suficiente para compensar plenamente os menos favorecidos. Para Castro (2011, p. 47), "a possibilidade teórica de compensação dos perdedores pelos vencedores pela desutilidade sofrida é da essência do conceito".

No caso do exemplo anterior da venda do telefone celular, se a empresa A atribui ao telefone um valor de $500 e o consumidor B um valor de $1000, qualquer preço entre $500 e $1000, produzirá uma transação benéfica para os dois de $500 (a um preço de $800, por exemplo, A se considera $300 mais rico e B se considera $200 mais rico). Neste caso, tem-se uma transação eficiente no sentido de Kaldor-Hicks desde que os danos (se tiver algum) causados a terceiros, menos qualquer benefício gerado para eles, não excedam $500 e sejam compensados. Neste cenário, podem-se obter resultados eficientes que piorem a situação de algumas pessoas (resultado ineficiente para Pareto), mas que sejam compensáveis pelos mais favorecidos (resultado eficiente para Kaldor-Hicks).

Segundo Posner (2010, p. 109), a despeito dessa compensação, o critério de Kaldor-Hicks é muito criticado, mesmo por economistas, por não garantir a maximização da utilidade. Contudo, ele é muito útil para avaliar distorções de alocação de recursos como o monopólio. Por exemplo, quando os economistas dizem que o monopólio é ineficiente, querem dizer

---

[8] Nicholas Kaldor (1908-1986).

[9] Sir John Richard Hicks (1904-1989). Prêmio Nobel de Economia de 1972, por suas contribuições ao desenvolvimento da Teoria Geral do Equilíbrio e da Teoria Geral do Bem-Estar Social.

[10] RECKON OPEN. Pareto improvements and Kaldor-Hicks efficiency criterion. 2010-12-14T16:50:46. Disponível em http://www.reckon.co.uk/open/Pareto improvemente and Kaldor-Hicks efficiency criterion, Acesso em 04/11/2016, às 18h48.

ineficiente no sentido de Kaldor-Hicks, ou da maximização da riqueza, e não no de Pareto" (POSNER, 2010, p. 109).

3.3 A EFICIÊNCIA DE MAXIMIZAÇÃO DE RIQUEZA

O princípio da eficiência segundo o critério da maximização da riqueza é proposto por Posner[11], em seu livro *Economic Analysis of Law* (POSNER, 2007). A maximização da riqueza, tal como definida, é obtida quando bens e outros direitos estão nas mãos dos que a valorizam mais, e alguém valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou no equivalente monetário) para possuí-lo.

A ética da maximização da riqueza, para Posner (2010, p. 79), pode ser vista como uma mescla do utilitarismo – que valoriza a felicidade – com uma teoria liberal de tradição kantiana – que valoriza a autonomia e a liberdade (neste aspecto, se assemelha a teoria de justiça e equidade). "A riqueza é positivamente vinculada, ainda que de forma imperfeita, à utilidade, mas a busca da riqueza, fundada que está no modelo de transação voluntária de mercado, envolve um respeito às escolhas individuais maior do que aquele que se vê no utilitarismo" (POSNER, 2010, p. 79). Além disso, a maximização da riqueza envolve um componente ético de valorização da atividade produtiva e do auto-respeito[12], como elemento justificador de uma justiça distributiva.

No caso do exemplo anterior da venda do telefone celular, a empresa A que vendeu o produto, adquiriu a mercadoria por meio de uma atividade produtiva, que beneficiou outras pessoas além da empresa vendedora, como seus empregados, seu fornecedor, o poder público (mediante o pagamento de impostos) e outros participantes da cadeia produtiva. Da mesma forma, o comprador – para quem a aquisição do direito de propriedade sobre o produto tem mais valor – acumulou seus $500 por meio de uma atividade produtiva, que beneficiou seu empregador, poder público e clientes. Se se considerar que a renda de uma pessoa é menor do que o valor total de sua produção, segue-se que o indivíduo produtivo dá à sociedade mais do que tira dela. Assim sendo, o comprador, do exemplo acima, confere um benefício líquido à empresa vendedora (que, do contrário, não aceitaria $500), além de beneficiar outras pessoas, durante a fase de acumulação por meio da atividade produtiva.

---

[11] Richard Posner, professor da Universidade de Chicago e juiz da Corte de Apelação da Sétima Região dos Estados Unidos da América, é o principal expoente do movimento da Análise Econômico do Direito (AED), além de mais devotado e reconhecido defensor do Pragmatismo Jurídico.

[12] Na Teoria de Justiça como Equidade de Rawls, a realização dos dois princípios de justiça pela estrutura básica da sociedade cria as bases sociais do auto-respeito, que ele entende ser o bem primário mais importante.

Em uma economia de mercado bem regulada, em que as transações comerciais geralmente têm custos sociais – embora presumivelmente baixos, senão a criação de um direito seria ineficiente –, o princípio da maximização da riqueza "determina que os direitos devem ser inicialmente conferidos àqueles que provavelmente os valorizarão mais, de modo a minimizar os custos de transação" (POSNER, 2010, p. 86).

O princípio da eficiência segundo o critério da maximização da riqueza tende a ser um princípio moral mais defensável que o princípio da utilidade e em relação aos dois outros critérios trazidos anteriormente (Pareto e Kaldor-Hicks), por fornecer bases mais sólidas para uma teoria de justiça distributiva.

Segundo Posner (2010, p. 83), "o princípio preestabelece a criação de um sistema de direitos pessoais e de propriedade que teoricamente se aplicaria a todas as coisas escassas – não só a propriedade pessoal e imobiliária, mas ao corpo humano e até as ideias".

Há que se destacar que a ética por trás do critério da maximização da riqueza decorre do fato de se pressupor que "a riqueza legalmente obtida produz-se quando se fazem coisas para outras pessoas, oferecendo-lhes negócios vantajosos" (POSNER, 2010, p. 99). Em uma sociedade bem-ordenada e economia de mercado bem regulada, mesmo um indivíduo extremamente egoísta não seria capaz de maximizar sua riqueza, sem beneficiar outros.

Cabe aqui trazer um exemplo que esclareça a diferença entre os três critérios de eficiência aqui apresentados e que está diretamente ligado à questão da justiça distributiva. Suponha-se que uma empresa decida fechar uma de suas fábricas de móveis na cidade A e abrir na cidade B e que, em nenhuma das duas cidades, a fábrica gere taxas significativas de poluição ambiental, congestionamento ou outras externalidades. Ainda assim, a mudança pode gerar a desvalorização de imóveis na cidade A e promover a valorização em B, piorando, consequentemente, a situação dos proprietários e de todos que atuam na atividade imobiliária da cidade A, mas melhorando em B. Esse deslocamento, portanto, não será eficiente segundo o critério de Pareto. Nesse exemplo, os custos sociais da transação são meras externalidades pecuniárias que derivam da alteração na demanda e não da exploração de algum recurso escasso (como o ar puro, no caso de poluição). Mesmo assim, o deslocamento tende a aumentar a riqueza da sociedade, pois a situação dos proprietários da fábrica tende a melhorar e as externalidades pecuniárias serão anuladas mutuamente. Consequentemente, o deslocamento se ajustaria ao critério de maximização de riqueza, como também ao critério de Kaldor-Hicks – neste caso, desde que o aumento no valor decorrente da transação seja suficiente para compensar plenamente os prejudicados.

A diferenciação entre esses critérios é relevante para nosso estudo para demonstrar que não parece correto afirmar que o critério de Pareto seja a única "acepção normal" do termo eficiência[13] e isso vai ser importante para discutir, na próxima seção, como o princípio da eficiência foi compreendido na teoria de justiça de Rawls e quais as razões que levaram o autor a considerar que a justiça tem prioridade sobre a eficiência em um cenário de justiça distributiva.

4 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA TEORIA DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Ao tratar da aplicação dos princípios de justiça para pessoas e para instituições, Rawls ressalta que a existência de sistemas sociais e econômicos justos exigem que os princípios de justiça social de sua teoria prevaleçam sobre o princípio da eficiência.

Ao fazer a apresentação do segundo princípio de justiça em relação aos sistemas de liberdade e igualdade (liberdade natural, aristocracia natural, igualdade liberal e igualdade democrática), Rawls faz um "pequeno desvio" para explicar o princípio da eficiência. Segundo ele, "este princípio é simplesmente o da 'otimalidade de Pareto' (conforme os economistas o denominam) formulado de um modo que se aplique à estrutura básica" (2008, p. 80). Para Rawls (2008, p. 81), "uma distribuição de bens ou um sistema de produção será ineficiente quando houver meios de melhorar ainda mais a situação de alguns indivíduos sem piorar a de outros", e nada for feito.

Como foi observado na seção anterior, o critério de Pareto é apenas um dos diversos critérios de aplicação do princípio da eficiência. Não se pode esquecer que a Eficiência de Pareto, a despeito de ser amplamente aceita por economistas, apresenta problemas sérios que prejudicam sua legitimidade como critério de aferição da eficiência, principalmente, em um sistema de distribuição de bens e direitos: o fato de não considerar os efeitos sobre terceiros não envolvidos no esquema de distribuição e o fato de violar direitos e liberdades básicas.

Para Sen (2002), a eficiência econômica, entendida apenas como o critério de Pareto, herdando do utilitarismo o julgamento de que apenas a utilidade é valiosa, acabou deixando em aberto dois importantes critérios de avalição moral: os direitos e as liberdades. "Não se pode duvidar de que a questão dos direitos e da liberdade crava um importante ponto de interrogação na abordagem do utilitarismo e da otimalidade de Pareto" (Sen, 2002, p. 66).

[13] Dworkin, na obra *Uma questão de princípio*, trata dessa questão. (DWORKIN, 2005).

Não atentando para essas objeções, Rawls (2008), então, testa o princípio da eficiência segundo o critério de Pareto, fazendo presumir que "as partes, na posição original, aceitam esse princípio para avaliar a eficiência de arranjos econômicos e sociais" (RAWLS, 2008, p. 81).

Trabalhando o princípio da eficiência a partir de uma distribuição de estoque fixo de mercadorias a serem divididos entre duas pessoas, Rawls assinala a possibilidade de existência de muitos pontos de eficiência, sendo necessário um princípio de justiça para resolver essa questão de indefinição.

O princípio da eficiência pode ser aplicado à estrutura básica da sociedade em referência às expectativas dos indivíduos representativos. Na visão de Rawls (2008, p. 84-85):

> Assim, podemos dizer que a disposição dos direitos e dos deveres na estrutura básica é eficiente se, e somente se, for impossível alterar as normas, para redefinir o sistema de direitos e deveres, a fim de elevar as expectativas de qualquer indivíduo representativo (pelo menos um) sem, ao mesmo tempo, reduzir as expectativas de algum (pelo menor um) outro.

Neste contexto, uma distribuição eficiente da estrutura básica ocorre quando não há como alterar essa distribuição para elevar as perspectivas de alguns sem reduzir as expectativas de outros.

Rawls entende que os sistemas de liberdade natural e igualdade liberal são eficientes (adotam o princípio da eficiência) porque as desigualdades sociais e econômicas estão dispostas em benefícios de todos. Contudo, considerando que, ao promover a igualdade na forma de carreiras acessíveis aos talentos, o sistema da liberdade natural prejudica aqueles que são atingidos por contingências sociais e por ausência de talentos naturais e considerando que, ao promover a igualdade na forma de oportunidades equitativas, o sistema de igualdade liberal resolve apenas o problema da loteria natural de talentos, mas prejudica ainda aqueles que são atingidos pelas contingências sociais, conclui que "o princípio de eficiência não pode servir sozinho como concepção de justiça" (RAWLS, 2008, p. 86).

Mais à frente, Rawls afasta o sistema de aristocracia natural como justo, por entender que ele admite a ideia de que, em caso de contingências sociais, "aqueles que estão em situação inferior ficariam com ainda menos caso a vantagem dos primeiros (mais favorecidos) fossem reduzidas" (RAWLS, 2008, p. 89-90).

Ao tratar do sistema de igualdade democrática, Rawls apresenta o princípio da diferença como aquele que tem a capacidade de eliminar a indeterminação do princípio da eficiência segundo o critério de Pareto, selecionando uma posição específica a partir da qual as desigualdades sociais e econômicas da estrutura básica devem ser julgadas. O princípio da diferença é, então, uma concepção fortemente equitativa, no sentido de que só é justificável a

desigualdade econômica e social na distribuição de direitos e recursos se for vantajosa para o indivíduo representativo que está em pior situação, seja em razão de contingência social seja em razão de contingência natural. A igualdade democrática, neste caso, não é compatível com o princípio da eficiência porque, para Rawls (2008, p. 96), "esse princípio significa que só se permitirão mudanças que melhorem as perspectivas de todos".

Neste contexto, para Rawls, o princípio da diferença se sobrepõe ao princípio da eficiência sob o critério de Pareto. Por meio dele, pretende-se distribuir os direitos que levem em consideração sempre a perspectiva dos menos favorecidos. Por essa razão, ele abandona a igualdade liberal e adota a igualdade democrática, que justifica a existência do princípio da diferença.

Segundo Freeman (2007, p. 104), "this is clear from Rawls's initial contrast of democratic equality and the difference principle with liberal equality and the system of natural liberty, both of which advocate the principle of efficiency"[14].

De Vita (2007, p. 250), sustenta que o remédio que Rawls encontra para enfrentar a arbitrariedade moral decorrente das desigualdades naturais e sociais, "na verdade, trata-se mais de uma ideia de fraternidade do que de igualdade".

Se tiver que fazer um ajuste na distribuição de recursos, em razão de uma situação de crise econômica, por exemplo, deve-se levar em consideração que os menos favorecidos não podem decrescer em sua posição socioeconômica, mesmo que isso comprometa a eficiência econômica. Na visão de Rawls, os menos favorecidos têm uma posição definida, que não se pode alterar pelas contingências econômicas e sociais. O princípio da diferença é respeitado quando se atende as expectativas dos menos favorecidos.

Para Rawls, a desigualdade econômica e social é controlada a partir da base, uma vez que a desigualdade é regra no sistema de propriedade privada dos meios de produção. Nessa perspectiva, a base é feita pela expectativa dos menos favorecidos em relação aos bens primários. Ninguém pode ter, na teoria da Justiça como Equidade, menos que os bens primários. O respeito ao princípio da diferença passa pelo respeito ao direito de ter os bens primários. Isso é medido na perspectiva dos menos favorecidos, no sistema de igualdade democrática. Ele parte da suposição de que se os menos favorecidos têm acesso a esses bens primários, os mais favorecidos também terão.

Afirma Brito Filho (2015, p. 51):

> Para Rawls, "a justiça é a primeira virtude das instituições sociais", pelo que,

[14] Está claro o contraste inicial da igualdade democrática e o princípio da diferença de Rawls com a igualdade liberal e o sistema de liberdade natural, sendo que ambos defendem o princípio da eficiência. **(tradução livre)**

> caso injustas, mesmo leis e instituições eficientes e bem ordenadas devem ser eliminadas, assim como nem todo o bem-estar da sociedade pode justificar a violação da liberdade de uma pessoa.

Isso demonstra que, para Rawls, a eficiência e o bem-estar, que são decorrentes da concepção de bem, ainda que sejam da própria sociedade, não podem sobrepor-se à concepção do que é justo. Decorre desta compreensão a conclusão de que a justiça como equidade para o autor está fortemente ligada ao respeito e a preservação dos interesses dos menos favorecidos.

Essa percepção do princípio da diferença, contudo, é sujeita a algumas objeções. Não parece ser razoável admitir que uma pessoa que adquiriu seus bens com seu próprio esforço sem ter se beneficiado da loteria natural de talentos nem das contingências sociais deve sofrer uma espécie de contingenciamento de recursos somente para preservar os interesses dos menos favorecidos. Kymlicka (2006, p. 74), enfatiza essa questão:

> Penso que a premissa básica do argumento está correta. A visão prevalecente de igualdade de oportunidade é instável e devemos reconhecer que nosso lugar na distribuição dos talentos naturais é moralmente arbitrária. A conclusão, porém, não é inteiramente correta. Do fato de que as desigualdades naturais e sociais são arbitrárias poderia decorrer que estes tipos de desigualdades só devem influenciar a distribuição quando isso beneficiasse os menos favorecidos. Mas o princípio da diferença diz que todas as desigualdades devem operar para o benefício dos menos favorecidos. E se eu não nasci em um grupo social privilegiado nem nasci com quaisquer talentos especiais e, contudo, pelas minhas escolhas e esforço, consegui assegurar proventos maiores do que os dos outros? Nada neste argumento explica por que o princípio da diferença se aplica a todas as desigualdades em vez de aplicar-se apenas às desigualdades que se originam de fatores moralmente arbitrários.

Não parece ser razoável também admitir que em uma situação de catástrofe iminente ou em razão de uma crise financeira sem precedentes, o governo seja obrigado a sacrificar a eficiência para preservar apenas um grupo econômico e social. Há situações, por exemplo, que o governo se vê obrigado a aumentar a tributação para realização de um programa que atenda os desempregados e as pessoas deficientes, exigindo o sacrifício de todos com uma contribuição um pouco maior de tributos. Dworkin (2011, p. 151) reforça esse argumento crítico ao princípio da diferença, com o seguinte exemplo:

> Suponhamos, por exemplo, que os impostos necessários para oferecer a cobertura aos deficientes e aos desempregados tenha a consequência de longo prazo de desestimular os investimentos e, assim, reduzir as perspectivas de bens primários para o membro representativo da classe mais pobre. Certos membros do grupo dos mais pobres que são deficientes ou estão, e permanecerão, desempregados estariam em melhor situação nesse programa de tributação (bem como certos membros de outras classes), contudo, o membro representativo, ou médio, da classe mais pobre estaria em situação pior. O princípio da diferença, que encara o grupo mais pobre como uma unidade, condenaria o imposto, mas a igualdade de recursos o recomendaria mesmo assim.

Nesse contexto, verifica-se que o princípio de diferença dentro de uma concepção restrita de justiça como equidade não responde bem a todas as situações que podem ser vivenciadas por uma sociedade. Em determinados aspectos, como foi apontado, o princípio da eficiência traria uma resposta melhor para resolver questões que exijam uma distribuição de recursos que atenda os interesses da sociedade como um todo e não apenas de um grupo social definido.

Muitas políticas públicas, especialmente relacionadas à equidade na distribuição de bens, reclamam uma conciliação entre ela e a eficiência, fatores igualmente importantes do ponto de vista de uma sociedade bem ordenada. Há muitas críticas a políticas públicas que dão especial atenção à equidade e não à eficiência na distribuição de bens, por incentivar um comportamento ineficiente do ponto de vista produtivo e por reprimir inovações que viessem a produzir distinção entre membros. Tais argumentos podem ser rebatidos ao argumento de que as pessoas não são motivadas apenas por suas necessidades básicas, mas também por satisfação inerente ao auto-respeito ou ao senso de pertencimento à sociedade e que sociedades mais justas tendem a promover maiores descobertas e a taxação das rendas decorrentes das descobertas tendem a promover a maximização do nível de educação, situações que resultam em uma sociedade mais justa e ordenada (DIAS, 2016, p. 81-82).

De outro lado, não se pode deixar de frisar que o princípio da eficiência, baseada em uma visão necessariamente calcada no critério de Pareto, deixa de lado algumas considerações que são fundamentais. Sen (2002, p. 48) adverte que "a otimalidade de Pareto capta os aspectos da eficiência apenas do cálculo baseado na utilidade", sendo "um modo extremamente limitado de avaliar a realização social" (SEN, 2002, p. 51).

Logo, uma alternativa não seria considerar a ideia de justiça como equidade prevalente sobre a eficiência, mas sim uma conciliação e aproximação entre os dois conceitos, compreendidos a partir de outros critérios. A equidade, a partir de uma concepção de capacidades e funcionamentos, e a eficiência, a partir do critério de maximização da riqueza.

O conceito de Sen sobre as capacidades é bastante conhecido como: "a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (...), a liberdade para ter estilos diversos" (SEN, 2000, p. 94). Nesse aspecto, Sen ressalta que as liberdades básicas em si não constituem o objeto da distribuição eficiente. Ao contrário, "sua aptidão para o desenvolvimento das capacidades naquele sentido é que realmente deveria estar em evidência" (DIAS, 2016, p. 85). O próprio Rawls acolhe esse ponto de vista ao afirmar que concorda "com Sen quando diz que as capacidades básicas são da maior importância e que o uso de bens primários sempre deve ser avaliado à luz da suposição acerca dessas capacidades" (RAWLS,

2000, p. 231).

Por outro lado, o princípio da eficiência, a partir do critério de maximização da riqueza – compreendido aqui como instrumento para consecução de um bem-estar social e não como um fim em si mesmo – é mais razoável que o critério de Pareto, fortemente ligado ao cálculo utilitarista. A eficiência no sentido de valorizar a distribuição de recursos a partir da ideia de que os bens (primários, principalmente) devem estar em poder daqueles que valorizam mais parece ser mais atraente. Além disso, a maximização da riqueza envolve um componente ético de valorização da atividade produtiva, como elemento justificador de uma justiça distributiva. Como dito em seção anterior, o auto-respeito também é muito valorizado com a aplicação do princípio da eficiência segundo esse critério.

Assim, através da aproximação da economia e da justiça, os princípios da eficiência e da diferença podem ser reinterpretados. Respeitando tal interpretação, baseada no critério de maximização da riqueza social e na abordagem de capacidades e funcionamentos, a justiça como equidade e a eficiência não são conflitantes, nem preponderam uma sobre a outra.

Deve-se tomar cuidado, contudo, ao saltar desses fatos para conclusões sobre toda a teoria da justiça de Rawls. Talvez valha a pena explorar ainda mais essa distinção entre os dois princípios, quiçá elaborando e analisando em maior minúcia as diferenças entre as consequências da aplicação dos dois princípios em circunstâncias práticas. A pretensão do presente artigo é apenas suscitar reflexão sobre essa questão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, conforme já explicitado, teve como objeto de estudo a exposição do princípio de eficiência e como ele serviu de base para a concepção do famoso princípio da diferença, o segundo princípio de Justiça como Equidade.

Como demonstrado ao longo do presente ensaio, a teoria de justiça como equidade de Rawls representou uma quebra de paradigma na filosofia política, a partir de uma reflexão sobre o utilitarismo e o intuicionismo. A sua teoria foi concebida a partir de dois princípios de justiça social: o princípio da igualdade e o princípio da diferença.

O princípio da diferença, como foi demonstrado e nesse ponto deve-se concordar, tem uma concepção fortemente equitativa, no sentido de somente ser justificável a desigualdade econômica e social na distribuição de direitos e recursos se for vantajosa para o indivíduo representativo que está em pior situação, seja em razão de contingência social seja em razão de contingência natural.

Rawls foi feliz ao reconhecer que o princípio da diferença funciona melhor ao prestigiar a posição dos menos favorecidos em uma economia de mercado onde pessoas agem, por seus próprias interesses, fazendo suas escolhas econômicas. O princípio da diferença, nesse aspecto, aplica-se diretamente as instituições e somente indiretamente aos indivíduos.

Ao tratar da aplicação dos princípios de justiça, Rawls ressaltou, com propriedade, que a existência de sistemas sociais e econômicos justos exigem que os princípios de justiça social de sua teoria prevaleçam sobre o princípio da eficiência. Nesse cenário, o princípio da diferença se sobressairia em relação ao princípio da eficiência.

Ao abordar o princípio da eficiência e da aplicação dele em sua teoria, Rawls se utilizou do critério de Pareto, por considerá-lo como o mais adequado. Contudo, como foi apresentado em seção própria, esse critério é apenas um dos diversos critérios de aplicação do princípio da eficiência, como o de Kaldor-Hicks e da maximização da riqueza. Não há como se criticar o uso desse critério por Rawls, por se compreender que ele ainda é muito aceito pelos economistas.

A maior crítica que Rawls faz ao princípio da eficiência é de que objetiva a maximização da utilidade, sem atentar para as demandas dos menos favorecidos. Concorda-se com Rawls nesta crítica, por entender que a eficiência econômica, entendida apenas como o critério de Pareto, herdando do utilitarismo o julgamento de que apenas a utilidade é valiosa, acabou deixando em aberto dois importantes critérios de avalição moral: os direitos e as liberdades dos menos afortunados.

A solução de Rawls, pelo princípio da diferença, é altamente elogiável, mas, como foi apontado, apresenta problemas de aplicação. Kymlicka e Dworkin criticam o referido princípio por se aplicar a todas as desigualdades em vez de aplicar-se apenas às desigualdades que se originam de fatores moralmente arbitrários e também por impor ao governo, em situações de crise, que sacrifique a eficiência para preservar apenas um grupo econômico e social.

Sobre esta problemática da aplicação do princípio da diferença e ante a objeção do uso do critério de eficiência de Pareto como princípio da eficiência na Teoria de Justiça de Rawls, tem-se proposto uma reinterpretação dos princípios da eficiência e da diferença, a partir do critério de maximização da riqueza social e da abordagem de capacidades e funcionamentos, possibilitando que a justiça como equidade e a eficiência não sejam conflitantes, nem preponderem uma sobre a outra.

Para concluir, ressalta-se a importância de se ter a devida atenção, entretanto, ao saltar desses fatos para conclusões sobre toda a teoria da justiça de Rawls. A pretensão do presente artigo é apenas suscitar reflexão sobre essa questão. A reflexão, em si, é altamente relevante

nos nossos dias, pois em um cenário real de crise econômica e social, uma teoria de justiça distributiva que responda as necessidades da sociedade, quanto a distribuição de bens e direitos, é essencial para a busca de soluções justas e eficientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

CASTRO, Adriano Augusto Pereira de**. A eficiência como fundamento da decisão judicial em direito empresarial**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/adrianocastroaeficienciacomofundamentodadecisaojudicial.pdf. Acesso em: 1 jun. 2016.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas.** 2ª. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Virtude Soberana.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FREEMAN, Samuel. ***Rawls*.** New York: Routledge, 2007.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea: uma introdução**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes,2006

POSNER, Richard A. ***El analisis económico del derecho.*** México: FCE, 2007.

_____. **A Economia da Justiça.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 4 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. **O Liberalismo Político**. Trad. Álvaro de Vita. Ed. ampl. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RECKON OPEN. ***Pareto improvements and Kaldor-Hicks efficiency criterion*.** 2010-12-14T16:50:46. Disponível em http://www.reckon.co.uk/open/Pareto improvement and Kaldor-Hicks efficiency criterion, Acesso em 04/11/2016, às 18h48.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2002.

_____. **Desenvolvimento como Liberdade.** Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.