

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Celso Alves Pereira
Celso de Albuquerque Mello
Gustavo José Mendes Tepedino
Heloisa Helena Barboza
Luís Roberto Barroso

Luiz Henrique Nunes Bahia
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
Ricardo Lobo Torres
Vicente de Paulo Barretto



Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê - Fone: (41) 3352-3900
Fax: (41) 3252-1311 - CEP: 80.030-475 - Curitiba - Paraná - Brasil

e-mails: editora@jurua.com.br
marketing@jurua.com.br

Editor: José Emani de Carvalho Pacheco

R454 Revista da Faculdade de Direito
Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 1, 1993-

Anual
ISSN 0104-0367-00013
ISSN 0104-0367-00014

I. Direito – Periódicos. I. Universidade
Estadual do Estado do Rio de Janeiro.

00116

CDD 340(22.ed)
CDD 34(05)

Visite nossos sites na internet: www.jurua.com.br e www.editorialjurua.com

Professor Antonio Celso Alves Pereira
Diretor
Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Editor Chefe

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ

Volumes |13|14| Anos |2005|2006|

Colaboradores:

Alexandre Santos de Aragão
Ana Carolina Weber
Artur de Brito Gueiros Souza
Carmen Tiburcio
Gita Wladimirski Goldenberg
Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Heloisa Helena Barboza
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Luis Roberto Barroso
Marcos Vinicius Torres Pereira
Maria Celina Bodin de Moraes
Marilda Rosado de Sá Ribeiro
Mauricio Moreira Mendonça de Menezes
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
Vania Siciliano Aieta

Curitiba
Juruá Editora
2010

SUMÁRIO

Direito Civil

Separação de fato e ética no Direito de Família	
<i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama</i>	11
Genes humanos e o princípio da dignidade humana	
<i>Heloisa Helena Barboza</i>	35
A família democrática	
<i>Maria Celina Bodin de Moraes</i>	47

Direito Comercial e do Trabalho

Justiça como equidade: análise crítica do contratualismo de Rawls	
<i>Mauricio Moreira Mendonça de Menezes</i>	73

Direito do Estado

A participação e a composição de conflitos nas agências reguladoras independentes: o caso brasileiro	
<i>Alexandre Santos de Aragão</i>	103
O direito constitucional internacional no Brasil pós EC 45/04	
<i>Carmen Tiburcio</i>	121
Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)	
<i>Luís Roberto Barroso</i>	135

Cooperação internacional

<i>Marilda Rosado de Sá Ribeiro</i>	185
---	-----

Direito Penal**Reflexos da nova lei de drogas na área criminal federal**

<i>Artur de Brito Gueiros Souza</i>	207
---	-----

Direito Processual**Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional**

<i>Paulo Cezar Pinheiro Carneiro</i>	227
--	-----

Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos

<i>Humberto Dalla Bernardina de Pinho</i>	245
---	-----

Disciplinas básicas**A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados**

<i>Vania Siciliano Aieta</i>	261
------------------------------------	-----

Uma nova área no escritório modelo da Faculdade de Direito: Psicanálise Jurídica

<i>Gita Wladimirski Goldenberg</i>	289
--	-----

Alumni**O controle da constitucionalidade das leis exercido pelo árbitro**

<i>Ana Carolina Weber</i>	307
---------------------------------	-----

A homologação de sentenças penais estrangeiras no direito brasileiro

<i>Marcos Vinicius Torres Pereira</i>	329
---	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO	339
--------------------------------	-----

JUSTIÇA COMO EQUIDADE: ANÁLISE CRÍTICA DO CONTRATUALISMO DE RAWLS

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Considerações iniciais; 3. A posição original; 4. Conclusão; 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo examinar, sob perspectiva crítica, aspectos bem específicos da teoria pela qual John Rawls busca trazer à baila sua concepção de justiça equitativa.

Rawls consolidou sua tese de justiça na obra *A Theory of Justice*, publicada pela *Harvard University Press*, em 1971. É dela, pois, que se irá tratar neste ensaio.

A análise completa de *Uma Teoria da Justiça* demandaria do pretense crítico a elaboração de algumas centenas de laudas. A complexidade e o alcance da teoria de Rawls a respeito da justiça como equidade não permitem encerrar nesta oportunidade tudo aquilo que se poderia dizer a seu respeito. À vista disso, a metodologia adotada neste trabalho consistiu em eleger, para efeito de observação, ponto fundamental da referida teoria, cujo entendimento é substancial para a compreensão de todo seu conteúdo.

Esse ponto fundamental é o que Rawls chama de *posição original*.

Uma Teoria da Justiça, de caráter contratual e formalista, é construída a partir da simulação de uma situação na qual figuram determinadas pessoas – futuros contratantes – que vão se propor a fixar uma *alternativa de justiça*, priorizando *bens primários* (certos direitos e liberdades, oportunidades e poderes, rendimentos e riqueza), que assim são considerados substanciais, para que seja alcançado um modelo aceitável de justiça política.

Em termos superficiais, Rawls elabora sua teoria da seguinte forma: a *priori*, indica os princípios básicos da justiça como equidade – liberdade e

¹ Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

igualdade material – e, em segundo momento, passa a expor as razões pelas quais os princípios anteriormente eleitos são verdadeiramente os que melhor justificam o funcionamento do sistema.

Nessa empreitada, Rawls concebe uma *agenda* que deverá ser rigorosamente cumprida pelas contrapartes, as quais, por sua vez, são intencionalmente *posicionadas* em uma *situação equitativa*, ou em uma *posição original*.

Assim, colocadas na *posição original*, as partes são provocadas a conceber uma alternativa de justiça. O resultado desse trabalho, ou seja, a concepção dessa alternativa, vai coincidir justamente com a concepção de justiça como equidade, porquanto procede exatamente de uma situação equitativa, onde pessoas diferentes ostentam, ainda que artificialmente, idênticas oportunidades de escolha e simplesmente não conhecem desigualdade de condições entre si.

Em uma palavra, é a *posição original* que vai assegurar a concepção de justiça como equidade.

A construção da *posição original* não é simples. Muito ao contrário, se mostra repleta de peculiaridades. Interessante notar que cada uma dessas peculiaridades tem sua razão de existir, de modo que, dentro dessa complexidade, nada é elaborado ao acaso.

Colocadas essas primeiras palavras, propõe-se o estudo das principais particularidades da *posição original*, simultaneamente à formulação de reflexões sobre seu conteúdo.

Em homenagem à racionalidade da exposição, serão articuladas, nas próximas linhas, a breves anotações gerais acerca de **Uma Teoria de Justiça**, que funcionarão para a outorga de contextura ao estudo, com vistas à melhor compreensão de seus apontamentos conclusivos.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Dizem os críticos que **Uma Teoria da Justiça** foi obra determinante para a filosofia, a teoria política, a economia e a jurisprudência.

Dentre eles, Chandran Kukathas e Philip Pettit colocam que o impacto da obra de Rawls se deve ao fato de ter marcado o renascimento da Teoria Política no século XX, cujas principais preocupações – desejabilidade e exequibilidade – haviam se afastado uma da outra no princípio daquele século.

Com efeito, diz-se que o estudo do desejável permaneceu no campo da filosofia e o estudo do exequível no campo da economia e da ciência política. Indo de encontro a esse programa disciplinar, Rawls propõe uma teoria que reputa ideal e, de igual modo, demonstra sua aplicabilidade, reunindo assim as características de desejabilidade e exequibilidade.

Logo, Rawls, na busca do desejável, segue determinadas formalidades: adotando o método contratualista, abre às partes – que se situam na *posição original* – um elenco de alternativas de justiça, dentre as quais deverão ser indicadas as melhores opções, na estrita conveniência daquelas partes. O resultado, portanto, será a opção mais desejável, o que leva a crer que sua concepção de justiça como equidade exhibe o requisito de desejabilidade.

A justiça equitativa é também exequível, conquanto assegura a estabilidade da justiça, que, depois de instalada, se manteria mediante a aplicação de seus princípios. Em outras palavras, a prática da justiça como equidade desenvolveria nas pessoas um *senso de justiça*, a permitir a manutenção do sistema. Essa pretensão de Rawls é duramente criticada por alguns, que nela vêem um certo ranço, próprio do conservadorismo, que objetiva justificar *o estado das coisas*, assim como elas se apresentam. Há nítida impressão de que *Uma Teoria da Justiça* não se exhibe como reformista, mas sim como embasamento de uma *democracia organizada*, cuja melhor amostra, na opinião de Rawls, é o modelo norte-americano de *sociedade bem ordenada*. Em suma, Rawls considera sua teoria como sendo uma concepção filosófica para uma democracia constitucional.

Aspecto relevante, também salientado por críticos, diz respeito ao modo como Rawls emprega a teoria contratualista, atribuindo ao contrato um *papel avaliativo* e não legitimador. Com efeito, o acordo na *posição original* é encarado como um teste de desejabilidade e exequibilidade, e não se propõe a legitimar um regime, *mas sim a lhe conferir validade*.

A teoria é considerada heurística. Rawls não visa definir o que é justo. Ele sugere o contrato como procedimento que leva à identificação de estruturas justas. Funciona como método que conduz à descoberta do justo.

O contratualismo de Rawls é ainda econômico e não político. Cada uma das partes considera na *posição original* seus interesses pessoais. Há um desinteresse mútuo entre elas, que assim não interagem, de forma que não há negociação. Essa particularidade da *posição original* é muito interessante e a ela se irá voltar no curso deste estudo, visando sua melhor explicação. Por ora, basta dizer que o processo político é afastado do conceito contratual, justamente para impedir a comunicabilidade entre as partes e a utilização do poder de barganha, o que poderia conduzir a situações iníquas, fruto da preponderância dos interesses dos mais fortes sobre os mais fracos. Essa situação prejudicaria a principal preocupação de Rawls, que é a preservação da equidade.

Rawls formula uma concepção de justiça que forneça alternativa razoavelmente sistemática ao utilitarismo, que dominou por longo tempo a tradição anglo-saxã do pensamento político. A razão dessa iniciativa é pautada no entendimento que considera frágil a doutrina utilitarista como fundamento das instituições democráticas. Daí se compreendem as demoradas comparações que Rawls faz entre sua teoria e a teoria utilitarista.

Rawls vai distinguir a *democracia da propriedade privada de estado do bem-estar social*. Ambos permitem a propriedade privada de patrimônios produtivos, podendo, segundo Rawls, ser erroneamente consideradas como substancialmente a mesma coisa.

De acordo com as palavras de Rawls, no estado do bem-estar social o objetivo é que ninguém fique abaixo de um padrão decente de vida, e que todos possam receber certas proteções contra acidentes e má-sorte, como por exemplo, seguro-desemprego e assistência médica. A redistribuição de renda serve a esse propósito quando, ao final de cada período, aqueles que precisam de assistência podem ser identificados. Esse sistema pode permitir grandes desigualdades hereditárias de riqueza que são incompatíveis com o valor equitativo das liberdades políticas, como também grandes disparidades de ganho que violam o princípio da diferença. Embora se esforce para assegurar a igualdade equitativa de oportunidades, o sistema é insuficiente, ou ainda ineficaz, dadas as disparidades de riqueza e a influência política por ele permitida.

Em virtude desse entendimento, Rawls simplesmente vai refutar a idéia de assistencialismo, que pressupõe certa passividade dos assistidos. Ao contrário, Rawls sugere uma atitude positiva, representada pela atuação da parte na *posição original*, buscando defender aquilo que lhe agrada e, portanto, aquilo que considera justo, dadas as demais particularidades da *posição original*, adiante comentadas.

Ademais, a política assistencialista transmite a idéia de pessoas vivendo sem dignidade, como *resultado* de um sistema equívocado e incapaz de permitir o desenvolvimento da personalidade humana.

Nesse sentido, vale destacar que essa linha pensamento rawlsiana tem nítida origem em Kant, chamado por muitos de "pai" do individualismo moderno, por focar sua teoria na pessoa humana, sobretudo a partir de sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, obra pela qual propõe uma segunda formulação de imperativo categórico, consistente na consideração da pessoa humana como um fim em si mesmo, surgindo daí a idéia de dignidade do homem, que mais tarde vai fundamentar o princípio da solidariedade, da correção de desigualdades, levando afinal ao embasamento dos direitos sociais e a materialização do Estado Democrático de Direito. Não por acaso Höffe se refere a esse segundo imperativo categórico como "*imperativo jurídico categórico*"².

Com efeito, não se pode deixar de considerar que Rawls é um kantiano, sobretudo porque se trata de um formalista e estudioso das liberdades humanas. Contudo, deve-se registrar uma diferença substancial entre o pensamento

² Nas palavras do Professor Vicente de Paulo Barreto, proferidas nos seminários realizados no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, esse segundo imperativo categórico poderia ser assim resumido: "*age de forma que o outro seja para você um fim em si mesmo e não um instrumento de sua vontade*". Essa é a base do princípio da dignidade da pessoa humana, a raiz da liberdade solidária e da legislação social, surgida no Brasil em meados do século XX

kantiano e a doutrina rawlsiana: o alcance de suas teorias. Enquanto Kant vai trabalhar no campo metafísico³ e universal, Rawls vai construir sua teoria tendo como paradigma o modelo político de democracia organizada e sociedade bem ordenada.

Em outros termos, a expressão maior de modelo de uma democracia organizada, na opinião de Rawls, é o sistema norte-americano. Por isso se diz que Rawls faz uma leitura muito limitada da teoria de justiça de Aristóteles e de Kant, cosmopolitas por excelência.

Assim, Rawls tenta elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social apresentada por Locke, Rousseau e Kant. É a este último que Rawls atribui o fato de considerar sua teoria como pouco original, dizendo que suas principais idéias são clássicas e bem conhecidas, sobretudo no que se refere ao significado de liberdade e, particularmente, à sua prioridade.

Interessante registrar que essas doutrinas, kantiana e rawlsiana, coincidem com a orientação jus-acadêmica atual, objeto de pesquisa nas universidades brasileiras, que privilegia a figura da pessoa humana nas relações sociais, à luz dos princípios constitucionais fundamentais e dos valores que os antecedem.

Pelo discurso de Rawls, a democracia da propriedade privada não vai atuar na redistribuição de renda em favor daqueles que têm menos ao final de um período, mas sim assegurar que as instituições básicas concedam aos cidadãos em geral e não apenas a poucos, desde o princípio, *no início do período*, os meios produtivos que lhes permitam ser membros totalmente cooperativos de uma sociedade.

O pensamento é procedente. Neste particular, vale ilustrá-lo com um exemplo, ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, que tende a contrariar aquilo que se pode admitir como *igualdade de oportunidades, no início do período*.

A referência é feita a medidas recentemente implementadas pelo Governo fluminense⁴, que impõem reserva de vagas para alunos oriundos da rede pública de ensino. Ao que tudo indica, essas medidas estão longe de demonstrar

³ A partir da Fundamentação da Metafísica dos Costumes, KANT vai se permitir ir além da prática, que se manifestaria pelos costumes em si, por sua vez projetados em duas vertentes bem distintas, consubstanciadas na Doutrina da Virtude (no campo da ética e da virtude) e Doutrina do Direito (no campo das normas). Aqui, Kant não se conforma com a Física do Direito e dos Costumes (expressas pelas leis dos Estados Nacionais) e vai buscar fundamentos que possibilitem explicar o conhecimento que está acima das virtudes nacionais, ou seja, vai buscar os fundamentos dos costumes metafísicos, universais, cuja expressão mais aproximada se materializará, anos mais tarde, nos direitos humanos.

⁴ Trata-se do exame SADE, estabelecido a partir da criação do Sistema de Acompanhamento do Desempenho dos Estudantes do Ensino Médio, instituído pela Lei Estadual 3.524, de 28.12.2000, e pelos Decretos 29.090, de 30.08.2001, e 31.468, de 04.07.2002. O SADE tem como objetivo avaliar o desempenho dos estudantes do ensino médio mantido pelo Poder Público, com a finalidade de preenchimento de 50% (cinquenta por cento) das vagas dos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), levando-se em consideração cursos/habilitações, semestres e turnos, obedecida a limitação de vagas existentes, a serem preenchidas de acordo com o critério da melhor nota.

preocupação com o acesso democrático à universidade. A igualdade de oportunidades, tão defendida por Rawls, exige que o ensino público, fundamental e médio, possa, por sua qualidade, garantir aos economicamente menos favorecidos idêntico preparo educacional daqueles alunos provenientes da rede de ensino particular. Não será o acesso à universidade, demagogicamente assegurado, que virá a trazer dignidade a cidadãos brasileiros, preparando-os para a vida profissional.

Com efeito, *as oportunidades devem ser asseguradas desde o primeiro momento* em que, no caso em questão, seja possível o exercício de direitos sociais pelo administrado, dentre os quais o acesso à educação é prioridade, segundo o que dispõe o art. 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Sob esta perspectiva, não se obterá igualdade material com a aplicação de fórmulas paliativas e populistas, que poderão inclusive gerar desconforto futuro nos *pseudobeneficiários*. De outra feita, deve-se investir, na hipótese de que se trata, *na formação educacional da criança*, abrindo-lhe caminhos para seu pleno desenvolvimento intelectual, a ser conquistado com seus próprios esforços.

Voltando-se para **Uma Teoria da Justiça**, sustenta Rawls que deve haver uma crescente dispersão da propriedade de capitais e recursos, ao longo do tempo, por intermédio de direito das sucessões. Deve haver igualdade equitativa de oportunidades, assegurada por provisões para educação, treinamentos técnicos e atividades afins.

Enfim, deve-se priorizar as instituições que dão sustentação ao valor equitativo das liberdades políticas, para que, em suma, se tenha uma dimensão de toda a força do *princípio da diferença*, em que há reciprocidade, ou seja, em que se considera na sociedade um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais, de uma geração para outra.

O primeiro objetivo de **Uma Teoria da Justiça** foi a explicação das liberdades e direitos básicos e sua prioridade. O segundo escopo foi integrar essa explicação a um entendimento da igualdade democrática, o que conduziu ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades e ao princípio da diferença.

Em suma, são os seguintes os princípios de justiça como equidade, expostos por Rawls, em ordem de prioridade:

- i) Primeiro princípio: cada pessoa deve ter direito igual ao mais amplo sistema de liberdades básicas (prioridade da liberdade);
- ii) Segundo princípio: as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que, simultaneamente: (a) redundem nos maiores benefícios possíveis para os menos favorecidos; (b) sejam consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades.

Nos termos assinalados na parte introdutória do presente estudo, Rawls elabora sua teoria indicando, *a priori*, os princípios básicos da justiça como equidade, passando a expor as razões pelas quais os princípios anteriormente eleitos são verdadeiramente os que melhor justificam o funcionamento da *estrutura básica*.

Portanto, para Rawls o *fim* (objeto do desejo) é *pressuposto da escolha*, que vai ser boa, se o fim for bom. Esse radicalismo, que incentiva Rawls a primeiro dizer os objetivos de sua doutrina (os princípios que conduzem à justiça como equidade) e só depois se ater a explicar os meios pelos quais aquela finalidade foi obtida, rendeu-lhe severas críticas, sobretudo quanto à *legitimidade de se empregar meios ilícitos quando a finalidade for boa*.

São razões como essas que faz de **Uma Teoria da Justiça** uma obra das mais polêmicas da Teoria Política do século XX. Vale dizer que **Uma Teoria da Justiça** não surgiu da noite para o dia. É fruto do trabalho de muitos anos. É portanto obra que consolida o pensamento do autor, externado em artigos de doutrina publicados no decorrer de doze anos. Representa, enfim, a consolidação de extensa produção acadêmica.

Desde a primeira edição de **Uma Teoria da Justiça**, em 1971, Rawls, provocado pelos críticos de sua obra, permitiu-se realizar diversas revisões de sua teoria, de modo que, muita vez, se podem perceber passagens em que o autor expõe diálogos travados continuamente com esses críticos, dentre os quais se pode destacar a atuação de Hart, declaradamente decisivo para que fossem esclarecidos determinados pontos da teoria de Rawls.

A *posição original*, da qual se passará a tratar, demonstra o método pelo qual Rawls tende a empregar a idéia de contrato social em uma versão mais geral e abstrata.

3 A POSIÇÃO ORIGINAL

3.1 Do que se trata a posição original?

Pode-se começar essa parte do trabalho pelo fim. E esse método não representa falta de bom senso do autor desta crítica (muito embora possa aparentar ao leitor). Como será visto, esse caminho será bem mais esclarecedor.

Logo, nada mais pertinente, para explicar inicialmente a *posição original*, que se tome por empréstimo as ponderações deduzidas pelo próprio Rawls, encerradas em sua amadurecida obra **Political Liberalism**, publicada em 1993 (e, portanto, vinte e dois anos após a primeira edição de **Uma Teoria da Justiça**).

Em **Liberalismo Político**, Rawls acrescenta que a idéia de *posição original* é introduzida em sua *Teoria* para que se descubra qual concepção de

justiça é capaz de especificar os princípios mais adequados para a realização da liberdade e da igualdade.

A contribuição da *posição original* é permitir a absoluta abstração das contingências do mundo social, as quais, acaso presentes, afetariam a *celebração de um acordo equitativo* sobre os princípios de justiça política.

As circunstâncias que compõem a *posição original* vão assegurar, dessa forma, a formação de um consenso a ser manifestado por pessoas livres e em posição de igualdade, que não terão poder de barganha em virtude de sua posição na sociedade e das influências que poderiam exercer, estando elas, em uma palavra, em *condições equitativas, ou seja, em posições simetricamente situadas*.

Nessa oportunidade, Rawls assume, reiterando o que de certa forma já havia dito em *Uma Teoria da Justiça*, que a *posição original* é um *artifício de representação*, de modo que o acordo dela resultante deve ser visto como não histórico e *hipotético*. E aqui Rawls vai enfrentar diretamente uma das maiores dificuldades para a plena compreensão de sua teoria: como acordos hipotéticos não geram obrigações, qual a importância da *posição original*?

Diante desse questionamento, Rawls sustenta que a importância da *posição original* é justamente representar um meio (um artifício!) pelo qual se garante a concepção de uma teoria equitativa, pois que produzida por partes que estejam em posições equidistantes, sob o *véu de ignorância*, entendido este como mecanismo criado para que uma parte não saiba da posição da outra e, o que é mais interessante, desconheça as particularidades de sua própria posição, de modo que não irá se aventurar a fazer proposições que entenda beneficiar imoderadamente um segmento social específico, em detrimento de outro, do qual a própria parte, uma vez afastado o *véu de ignorância*, pode ser surpreendida como dele sendo integrante.

O *véu de ignorância* é um dos pontos fundamentais para a caracterização e entendimento da *posição original* e a ele se retornará oportunamente, por ocasião do exame das características da *posição original*.

Portanto, pondere-se que a *posição original* não é um fim em si mesmo. Seu mérito não decorre de sua complexa e inteligente estrutura, cuidadosamente construída por Rawls, de modo artificial (fato que já seria meritório!). Aqui, está-se simplesmente no plano das idéias, da desejabilidade, da imaginação fértil.

Por conseguinte, sua importância será o resultado obtido: uma concepção equitativa de justiça, plenamente aplicável (concreta), que vai justificar a escolha dos princípios da liberdade e igualdade, como fundamentos da justiça como equidade.

Há um trecho de **Liberalismo Político** que vale ser reproduzido⁵, em conclusão a esse ponto, por refletir de modo conciso a réplica de Rawls às provocações formuladas por seus críticos. Nessa passagem, Rawls reafirma a adequação de sua teoria com o modelo de democracia organizada, aqui referida como *sociedade bem-ordenada*, salientando a perspectiva pouco universal de sua concepção de justiça, sob o ponto de vista de sua exequibilidade:

Tendo examinado a idéia de posição original, eu faria ainda um acréscimo, a fim de evitar mal-entendidos. É importante distinguir três pontos de vista: o das partes na posição original, o dos cidadãos numa sociedade bem-ordenada e, finalmente, o nosso - o seu e o meu, que estamos formulando a idéia de justiça como equidade e examinando-a enquanto concepção política de justiça.

Os dois primeiros pontos de vista fazem parte da concepção de justiça como equidade e são especificados por referência a suas idéias fundamentais. Mas, enquanto as concepções de uma sociedade bem-ordenada e de cidadãos como pessoas livres e iguais podem muito bem ser realizadas em nosso mundo social, as partes, vistas como representantes racionais que especificam os termos equitativos da cooperação social ao chegar a um acordo sobre os princípios da justiça, são simplesmente as partes na posição original. Essa posição é estabelecida por você e por mim na elaboração da justiça como equidade, de modo que a natureza das partes cabe somente a nós: elas são apenas as criaturas artificiais que povoam nosso dispositivo de representação. A justiça como equidade é terrivelmente mal-entendida quando as deliberações das partes, e os motivos que lhes atribuímos, são confundidos com uma visão da psicologia moral, tanto de pessoas reais quanto de cidadãos de uma sociedade bem-ordenada. A autonomia racional (II:5) não deve ser confundida com autonomia plena (II:6). Esta última é um ideal político e parcela do ideal mais completo de uma sociedade bem-ordenada. A autonomia racional em si não constitui ideal algum: ela é uma forma de expressar a idéia do racional (em contraposição ao razoável) na posição original.

O terceiro ponto de vista - o seu e o meu - é aquele a partir do qual a justiça como equidade, bem como qualquer outra concepção política, deve ser avaliada. Aqui o teste é o equilíbrio reflexivo: trata-se de saber em que medida a visão como um todo articula nossas mais firmes convicções refletidas de justiça política, em todos os níveis de generalidade, depois do devido exame e depois de feitos todos os ajustes e revisões que pareçam necessários. Uma concepção de justiça que satisfaça esse critério é, tanto quanto podemos avaliar agora, a mais razoável de todas.

Em suma, a *posição original* é a *situação inicial* da formulação da teoria da justiça, habilmente construída como ponto de partida para que se explique o raciocínio que conduz aos princípios de justiça como equidade. Para essa finalidade, Rawls vai caracterizar a *posição original*, sob vários aspectos, adiante estudados.

⁵ Liberalismo Político. 2. ed., da obra traduzida para a língua portuguesa. Ática, 2000. p. 71-72.

3.2 Características da posição original

Segundo Rawls, a *posição original* deve ser detidamente formulada e caracterizada, levando-se em consideração os seguintes elementos:

- circunstâncias da justiça;
- restrições formais do conceito de justo;
- o véu da ignorância;
- racionalidade das partes contratantes.

Esses elementos vão ser imprescindíveis para a explicação racional do resultado obtido pelo contrato celebrado na *posição original*, a qual, como se disse, se consubstancia em um *artifício de representação* e, assim, tem suas características idealizadas e *calculadas* por Rawls. Passe-se, assim, a analisar cada uma delas.

3.3 Circunstâncias da justiça

As circunstâncias da justiça podem ser definidas como as *condições normais sob as quais a cooperação é tanto possível quanto necessária*. A *sociedade*, embora seja um empreendimento cooperativo, é marcada ao mesmo tempo por *uma identidade de interesses*, uma vez que a cooperação social possibilita a todos uma vida melhor do que qualquer um teria se vivesse sozinho, e *por um conflito de interesses*, basicamente em relação a como os maiores benefícios produzidos pela cooperação serão distribuídos.

Por isso, *os princípios são necessários para que se escolha entre as várias ordenações sociais que determinam essa divisão de vantagens* e para que se firme um acordo quanto às partes distributivas adequadas.

As condições que dão origem a essa necessidade são as *circunstâncias da justiça*, que podem ser divididas em *objetivas*, “que tornam a cooperação humana possível e necessária”, isto é, relativas à coexistência de indivíduos em um mesmo território, e *subjetivas*, originadas em uma “*condição de escassez moderada de recursos naturais e de outros tipos*”, em relação aos quais as partes fazem suas próprias reivindicações, conflitantes entre si, de acordo com o plano de vida e propósitos de cada um. Além disso, tendo em vista as várias deficiências humanas de conhecimento, pensamento e julgamento, os homens não apenas têm planos de vida diferentes, como também crenças filosóficas e religiosas e doutrinas políticas e sociais também diferentes.

Para simplificar, Rawls enfatiza a condição de escassez moderada (*circunstância objetiva*) e o conflito de interesses (*circunstância subjetiva*) e diz, em resumo, que *as circunstâncias da justiça se verificam sempre que as pessoas apresentam reivindicações conflitantes em relação à divisão das vantagens*

sociais em condições de escassez moderadas (são condições para a justiça, assim como a ameaça à integridade corporal é condição para a coragem física).

Nesse aspecto, Rawls adota o método a seguir comentado, que pode ser disciplinado mediante a colocação de duas premissas.

A primeira delas coincide com o fato de Rawls presumir que as partes na *posição original* sabem que as circunstâncias da justiça se verificam. A rigor, esse *conhecimento* ostentado pelas partes poderia ir de encontro com um outro elemento da *posição original*, que Rawls vai denominar *véu de ignorância*, o qual determina o estado de desconhecimento pelas partes das particularidades que envolvem desde seu lugar na sociedade (*status social*) a seu plano de vida racional, os traços característicos de sua psicologia (pessimismo ou otimismo) e as circunstâncias particulares de sua própria sociedade.

Porém, não há qualquer contradição. O *véu de ignorância*, que virá a assegurar a posição equidistante de cada uma das partes, não chega a atingir o conhecimento genérico e superficial a respeito das circunstâncias de justiça que as envolvem. Devem as partes ter noção de onde estão e para onde vão, ou seja, devem ter capacidade para discernir qual a medida (e não a exatidão!) da *escassez moderada* e dos *conflitos de interesse*, sem os quais não existirá o porquê de se obter uma concepção de justiça.

O segundo passo do método de Rawls se consubstancia na *presunção de que as partes tentam promover sua concepção do bem da melhor maneira possível*, não estando ligadas por vínculos morais prévios, como, por exemplo, uma relação de ascendência, que levaria uma das partes a abrir mão de certos bens em proveito de sua prole.

Rawls se dirige às partes da *posição original* como pessoas comuns, do cotidiano. Nesse plano, esclarece Rawls que essas pessoas são indivíduos (como, por exemplo, "chefes de família") que naturalmente têm preocupações com seus descendentes. Mas Rawls não tenciona, por conta disso, discutir questões de justiça entre gerações, pois essa discussão levaria à reflexão de muitos outros aspectos não considerados em **Uma Teoria da Justiça**, desviando os objetivos de se conceber uma teoria alternativa de justiça. Em outros termos, a complexidade a que se chegaria a discussão da justiça entre gerações poderia desvirtuar o escopo de Rawls em conceber uma teoria aplicável em uma determinada sociedade, num determinado período.

Logo, Rawls chega à conclusão de que *há um postulado de indiferença mútua entre as partes na posição original, uma vez que elas não estão dispostas a sacrificar seus interesses em benefício dos outros*. Isso significa que uma concepção de justiça não deve pressupor laços abrangentes de sentimento natural. Nesse ponto, diz Rawls: "*Não estamos em uma associação de santos que trabalham abnegadamente para um objetivo comum a todos e onde não ocor-*

rem disputas sobre a justiça. Estamos na sociedade humana, que é caracterizada pelas circunstâncias da justiça”.

Esse individualismo é muita vez interpretado como egoísmo, conduzindo a severas críticas ao contratualismo rawlsiano. Mas merece ser esclarecido: a indiferença é tratada por Rawls como mais um recurso que garanta condições equitativas entre as partes. As escolhas que serão feitas por cada uma das partes na *posição original* não levarão em consideração a posição que cada contraparte virá a ocupar na sociedade, após levantado o véu de ignorância. Como se disse, as partes saberão a respeito de circunstâncias genéricas da sociedade (circunstâncias da justiça), mas não específicas, sejam tais especificidades relativas à sociedade em si ou a seus membros. O resultado desse artifício é a impossibilidade de maximização de interesses para compensar eventual desigualdade que viesse a ser gerada, em tese, pela superioridade de uma contraparte.

Em resumo, quando as partes tentam promover sua concepção do bem, da melhor maneira possível, cientes apenas das circunstâncias da justiça e desconsiderando as peculiaridades dos interesses pessoais das demais pessoas que ocupam a *posição original*, chega-se ao mais alto grau de objetividade e impessoalidade das alternativas que, após escolhidas, conduzirão aos princípios de justiça como equidade.

Ainda que tal escolha leve em consideração os interesses próprios de cada parte (e só dela!), esse fato vai contemplar os interesses da pessoa humana, considerada em si mesmo.

Há, enfim, grande mérito de Rawls nesse primeiro aspecto da *posição original*, que é a obtenção do equilíbrio entre a escolha individual (aqui valorizada como manifestação da liberdade de escolha, à luz da dignidade da pessoa humana) e a impessoalidade que uma concepção de justiça deve ter, como forma de evitar privilégios injustificados de determinados segmentos sociais.

3.4 Restrições formais ao conceito de justo

Nessa etapa, Rawls surpreende pelo alto grau de formalismo de sua doutrina. As partes na *posição original* estão limitadas quanto às alternativas que têm para adotarem sua concepção de justiça e limitadas quanto ao conhecimento das circunstâncias dessas alternativas. A essas restrições Rawls se refere como *restrições do conceito de justo*, uma vez que elas se aplicam para a escolha de todos os princípios éticos e não apenas aos princípios de justiça.

Na exposição de seu raciocínio, Rawls considera, *prima facie*, as *restrições às alternativas* (há certas restrições que se incluem na lista apresentada às partes), que assim estão sujeitas a certas condições formais, organizadas em cinco grupos:

- (i) **Os princípios devem ser gerais:** pois devem poder servir como estatuto público de uma sociedade perpetuamente bem-ordenada.

Sendo incondicionais, esses princípios se aplicam dentro das circunstâncias da justiça, sendo acessíveis aos indivíduos de qualquer geração (o entendimento desses princípios não deve exigir o conhecimento de particularidades contingentes). O teste mais óbvio dessa condição é a idéia de que justo é aquilo que é "*conforme a vontade de Deus*".

- (ii) **Os princípios devem ser universais em sua aplicação:** tendo em vista que devem se aplicar a todos, em virtude de todos serem pessoas éticas.

Por isso, devem ser excluídos os princípios que conduzem à complexidade e aqueles que produzem resultados contraditórios, devendo ser escolhidos em vista das **conseqüências** decorrentes de sua aceitação por todos.

Assim, a **generalidade** não se confunde com a **universalidade**. Rawls exemplifica a afirmativa, dizendo que o egoísmo pode ser universal, já que seus perniciosos efeitos irão atingir, indistintamente, a coletividade. Mas esse mesmo egoísmo não será geral, pois suas regras serão estabelecidas de acordo com o interesse de um indivíduo ou grupo. De outra feita, podem haver princípios gerais mas não universais, como aqueles aplicáveis a um grupo restrito de indivíduos (selecionados pela cor do cabelo ou situação de classe, por exemplo).

- (iii) **Publicidade:** que surge naturalmente numa visão contratualista; sua importância é fazer com que as partes considerem as concepções de justiça como instituições da vida social publicamente reconhecidas e eficazes. Aqui Rawls assume expressamente sua inspiração kantiana, ao mencionar que a condição de publicidade está implícita na doutrina do imperativo categórico, na medida em que este exige que se atue de acordo com princípios que, como pessoas racionais, estar-se-ia dispostos a elaborar como leis para o reino dos objetivos. Nas palavras de Rawls, pensava Kant nesse reino como uma comunidade ética, que tem esses princípios morais como estatuto público.

- (iv) **Ordenação:** é desejável que a concepção de justiça seja capaz de ordenar todas as reivindicações que possam surgir, sem que haja aqui necessidade de se recorrer à força.

A ordenação de justiça como equidade não pode ser confundida com todo e qualquer tipo de medida que imponha ordem à comunidade social. Nesta ordem de idéias, Rawls sustenta que o conflito

físico e o recurso às armas resultam em uma ordenação. Mas defende o ponto de vista no sentido de que os princípios de justo e de justiça são aceitos justamente para evitar o apelo à força e à esperança. Nessa linha, Rawls assume que dar a cada um de acordo com sua capacidade de ameaçar não pode fazer parte de uma concepção de justiça.

No entendimento de Rawls, uma concepção de justiça não pode ameaçar as instituições. Muito pelo contrário, essa justiça deve trabalhar diuturnamente para assegurar a manutenção do sistema político, ou em outras palavras, na manutenção da ordem. Aqui Rawls deixa claro que sua intenção não é sugerir uma teoria reformista, mas sim que venha a fundamentar o funcionamento do sistema, trazendo estabilidade à *estrutura básica* da sociedade, de modo que, dentro desse escopo, não se pode afastar a condição formal que a garante, substanciada na ordenação.

- (v) **Caráter terminativo e conclusivo dos princípios:** as partes devem avaliar o sistema de princípios como a última instância de apelação do raciocínio prático (não há padrão mais elevado). Não seria útil que se permitisse às partes a revisão de suas decisões em um momento posterior, pois, se assim fosse, as escolhas não seriam tomadas com seriedade e responsabilidade. As partes devem estar cientes de ser aquela a única oportunidade para a dedução de suas colocações, motivo pelo qual devem estar estritamente comprometidas com as opções que houverem sido eleitas.

Rawls vai resumir toda a construção acima comentada em um único parágrafo, que se apresenta como auto-explicativo: "*Uma concepção de justo é um conjunto de princípios, gerais em sua forma e universais em sua aplicação, que deve ser publicamente reconhecido como uma última instância de apelação para a ordenação de reivindicações conflitantes de pessoas éticas*"⁶.

Em conclusão a esse ponto, Rawls vai defender que as restrições formais não excluem as concepções tradicionais de justiça, *mas certamente excluem as variantes do egoísmo*.

O egoísmo é, sem dúvida alguma, uma das maiores preocupações de Rawls, já que se traduz, na vida em sociedade, como uma peculiaridade do ser humano, enquanto ser político. Por isso, em sua construção teórica, vai o filósofo considerar importante a influência do egoísmo, não propriamente por conta dos supostos benefícios trazidos pela concepção egoística (inexistentes!) – já que, como se disse, defende que *uma concepção séria de justiça deve desconhecer qualquer modalidade de egoísmo* – mas sim pelo fato de o egoísmo ser lógico e racional, mas, de outra feita, incompatível com que se

⁶ Uma Teoria da Justiça. 1. ed., da obra traduzida para a língua portuguesa. Martins Fontes, 2000. p. 145. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Curitiba, vols. 13/14, anos 2005/2006. p. 73-100.*

entende por justo, analisado tal conceito do ponto de vista moral. Portanto, filosoficamente, o egoísmo já não será mais importante com uma concepção alternativa do justo, mas sim como um desafio, ponto de dissensão, algo em que as partes se apegam se não fossem capazes de alcançar um entendimento.

3.5 O véu de ignorância

A *posição original* deve estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceitos sejam justos. Assim, devem-se anular as contingências específicas que levam o homem à disputa. Para isso, Rawls assume que as partes se situam atrás de um *véu de ignorância*. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar seu caso particular e são obrigadas a avaliar os princípios com base em considerações gerais (que são as *circunstâncias da justiça*).

Assim, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade (seu *status* social), nem sua sorte na distribuição de dotes naturais ou habilidades, sua inteligência e força, seu plano de vida racional, os traços característicos de sua psicologia (pessimismo/otimismo). Também não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade, tal como o nível de civilização e cultura, nem recebem informações sobre à qual geração pertencem.

A rigor, o único fato particular que conhecem é que sua sociedade está sujeita às *circunstâncias da justiça*. Por conta disso, conhecem os fatos genéricos da sociedade humana, que incluem as relações políticas e os princípios da teoria econômica. De fato, presume-se que as partes conhecem quaisquer fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios da justiça.

Rawls reconhece que a noção de véu de ignorância levanta várias dificuldades. As exclusões de quase todas as informações podem dificultar o entendimento de significado da *posição original*. Mas ele diz que qualquer pessoa pode atuar nessa situação hipotética, considerada um *artifício de representação*, desde que raciocinando com as restrições apropriadas.

A *posição original* não deve ser considerada como uma assembléia geral que inclui todas as pessoas que vivem numa determinada época. Não é uma reunião de todas as pessoas reais ou possíveis. A interpretação correta é de que a *posição original* pode ser adotada a qualquer tempo, sendo indiferente a ocasião ou quem a adota. Neste particular, o *véu de ignorância* é condição essencial na satisfação dessa exigência.

Daí Rawls vai responder à seguinte questão: pode o *véu de ignorância* ser considerado irracional?

Alguns poderiam objetar a existência e finalidade do *véu de ignorância*, sob o argumento de que os princípios deveriam ser escolhidos à luz de todo o conhecimento disponível.

Contra essa argumentação, Rawls sustenta que há várias respostas. A principal delas, ao que parece, é a de que o *véu* é instrumento indispensável para que as partes fiquem sem condições para negociar, resultado de extrema importância, pois evita o favorecimento pessoal e assim mantém condições equitativas, imprescindíveis para a concepção de uma alternativa de justiça como equidade.

Outro ponto salientado por Rawls é no sentido de que o *véu* irá evitar que se formem coalizões entre determinadas pessoas, em prejuízo das demais. Evidentemente, ponderando-se a respeito de uma situação em que as partes desconhecem o plano de vida próprio e das demais contrapartes, logo se conclui pela inviabilidade destas partes se reunirem para defenderem interesses que sequer têm conhecimento.

Rawls admite uma exceção, de cunho desenganadamente econômico, que se refere à questão da poupança. Como as partes sabem que são contemporâneas, podem favorecer sua geração, recusando-se a sacrifícios em proveito de seus sucessores. Por essa razão e nos termos acima salientados, Rawls vai evitar tratar do tema de justiça entre gerações, admitindo, de toda forma, que, quanto a esse ponto, só o *véu de ignorância* não é suficiente para se assegurar o resultado equitativo, devendo ser acrescida uma restrição, consubstanciada na combinação entre determinadas estipulações, como, por exemplo, considerar que as partes na *posição original* são chefes de família que se preocupam em promover o bem estar dos descendentes ou que as partes concordem com princípios sujeitos à restrição de que elas desejam que todas as gerações precedentes tenham seguido aqueles princípios.

3.6 Racionalidade das partes

As pessoas na *posição original* são racionais, mas não conhecem a concepção do bem (na verdade, elas vão postular sua própria concepção do bem). Ou seja, embora saibam que têm algum plano racional de vida, elas não conhecem os detalhes desse plano (seus objetivos).

Rawls postula que elas aceitam a explicação do bem supondo que geralmente preferem ter uma quantidade maior de bens sociais primários ao invés de uma menor. Com efeito, é racional que elas queiram uma fatia maior, já que, de qualquer forma, elas não são obrigadas a aceitar se não o desejarem.

As partes sabem que em geral devem proteger suas liberdades e ampliar suas oportunidades, guiadas pela teoria do bem e pelos fatos genéricos da psicologia moral. Suas deliberações deixam de ser um exercício de adivinhação, podendo tomar uma decisão racional no sentido comum.

O conceito de racionalidade invocado por Rawls é aquele clássico da Teoria Social: é pessoa racional aquela que tem um conjunto de preferências

entre as opções que estão a seu dispor, as quais classifica de acordo com seus propósitos (aqui se aplica a questão do desinteresse mútuo, que trata da motivação das partes na *posição original*, de modo que os interesses dos demais não vão influenciar as escolhas individuais).

Supõe Rawls que um indivíduo racional não é dominado pela inveja, de forma que não fica desanimado em saber que os outros têm uma quantidade maior de bens sociais primários. Essa ponderação levanta certa perplexidade, que Rawls vai fazer questão de enfrentar: o método está distanciado demais da realidade? Se os homens certamente são acometidos pela inveja, como uma concepção de justiça pode ignorar isso?

Rawls sugere uma resposta dividindo em dois grupos o argumento a favor dos princípios de justiça: (i) os princípios são derivados com base na suposição de que a inveja não existe (porque na escolha dos princípios os homens devem considerar a si próprios, sendo irrelevante a situação dos demais); (ii) se a concepção resultante é aplicável em vista das circunstâncias da vida humana.

O procedimento se justifica porque a inveja tende a piorar a situação de todos e, assim, é coletivamente desvantajosa. A concepção de justiça elimina as condições que dão origem a atitudes desagregadoras e portanto é intrinsecamente estável.

A suposição da *racionalidade mutuamente desinteressada* resulta que as pessoas na *posição original* tentam reconhecer princípios que promovam seus sistemas de objetivos na melhor forma possível, tentando garantir para si mesmas o maior número de bens sociais primários.

Com efeito, a racionalidade e a ausência do sentimento de inveja conduzem ao resultado no sentido de que as partes não buscam conceder benefícios ou impor prejuízos umas às outras, não são movidas nem pela afeição, nem pelo rancor, nem tentam levar vantagens umas sobre as outras: não são invejosas e nem vaidosas.

Outra importante presunção de Rawls é de que as partes são capazes de um senso de justiça. Elas podem confiar umas nas outras, assumindo que todas entendem e agem de acordo com os princípios acordados, pois a sua capacidade para um senso de justiça assegura que todos os princípios escolhidos serão respeitados.

Em outros termos, reconhece-se que quando as partes chegam a um acordo, tal resultado não é em vão. O fato de terem esse senso influencia na conclusão desse acordo e sua posterior obediência, gerando a tão relevante estabilidade.

Com essas colocações, Rawls sustenta que a configuração da *posição original* está praticamente completa. Mas faz antes alguns esclarecimentos, que valem ser mencionados e interpretados na presente análise:

- (i) As partes na *posição original* são indivíduos definidos teoricamente (são pessoas movidas na maneira descrita pela explicação da teoria). Aqui cabe reiterar tudo aquilo que se colocou a respeito da construção teórica da *posição original*, principalmente quanto à sua natureza instrumental, a que Rawls se refere, mais tarde, em sua obra *Political Liberalism*, como *artifício de representação*.
- (ii) A motivação das pessoas na *posição original* não pode ser confundida com a motivação das pessoas na vida cotidiana, pois na situação concreta estas vão agir, impulsionadas por seu senso de justiça, de acordo com os princípios previamente estabelecidos na *posição original*, naquele estado de desinteresse mútuo, que assim só vai ter efeitos para a escolha desses princípios.
- (iii) Diz-se que uma teoria contratualista é eficaz quando adota a boa-vontade das partes; mas a justiça como equidade, com a combinação do desinteresse mútuo e do véu de ignorância, atinge praticamente o propósito da benevolência, pois força cada pessoa na *posição original* a levar em consideração o bem dos outros (não os particulares, tendo em vista o desinteresse mútuo, mas sim os gerais), justamente porque essa parte desconhece a posição que ocupará na sociedade, quando desconsiderado o véu de ignorância. Essa orientação, segundo Rawls, é mais vantajosa, em virtude de sua simplicidade e clareza. Nesse sentido, se houvesse de se considerar a benevolência e o conhecimento pelas partes da situação umas das outras, se chegaria a um plano de complexidade que inviabilizaria a elaboração de uma teoria bem definida.

3.7 Natureza do argumento a favor das concepções da justiça

Nessa etapa de sua teoria, em que já foram devidamente trazidos à baila os princípios de justiça como equidade e as características da situação inicial a partir da qual tais princípios foram concebidos, Rawls chega ao ponto que considera maduro o suficiente para sustentar por quais razões sua concepção de justiça é a melhor alternativa dentre as opções existentes.

Melhor dizendo, a justiça como equidade considera que os princípios primordiais da justiça são objeto de um acordo original, em uma situação inicial, bem definida. São aqueles princípios que pessoas racionais e desejosas de promover seus interesses aceitariam numa posição de igualdade. *Deve-se demonstrar portanto que os dois princípios são a solução de escolha na posição original.* Deve-se considerar que um acordo baseado nesses princípios é a melhor maneira para cada pessoa assegurar seus objetivos, em vista das alternativas possíveis.

Rawls reconhece, com irretocável acerto, que ninguém pode ter tudo que deseja. Por isso, o melhor possível para cada homem é que todos o acompanhem na promoção de sua concepção do bem. Ou seja, ao invés de se buscar a todo custo aquilo que à primeira vista trará maior satisfação pessoal, é preferível atingir um alvo que seja de interesse de todos, garantindo assim a adesão de maior número de pessoas. Esse raciocínio é reforçado pela noção de *véu de ignorância*, pois que, se não é franqueado à parte o conhecimento das especificidades de seu plano de vida, não pode ela correr o risco de trazer a si, na *posição original*, toda a sorte de bens primários, quando, na verdade, após baixado o *véu*, ela venha a constatar (com muita frustração!) que não ocupa o *status social* cujos membros foram eleitos como destinatários jus de tais bens.

Mencione-se um exemplo. Suponha-se que uma das partes na *posição original* seja líder de uma família de lavradores “sem-terra”, cujo cotidiano é ocupar dia após dia propriedades rurais no interior do Estado de Goiás. Qual a melhor alternativa para esse cidadão? Seria propor a desapropriação indiscriminada dessas terras para posterior assentamento de famílias?

É intuitivo que, sob seu particular ponto de vista, essa seria a melhor solução.

Mas o que fazer, caso – reitere-se que este é um exercício a partir de uma situação hipotética, sujeita ao *véu de ignorância* – após aceita a proposta, ele descubra que, na verdade, é um empresário rural cujas produtivas terras deveriam ser desapropriadas, não obstante ele venha rigorosamente observando o princípio da função social da propriedade, repetidamente consagrado na Constituição Federal de 1988?

Haveria justiça aqui?

Em contrapartida, trabalhe-se com a situação em que o líder “sem-terra” tenha em mãos uma outra opção. Pode ele propor a criação de uma cooperativa rural (constituída por algumas dezenas de trabalhadores) à qual seria arrendada uma parte de uma propriedade produtiva, por uma quantia razoável e atrativa para ambas as partes subscritoras do contrato de arrendamento, cujas cláusulas, em qualquer hipótese, deveriam facilitar o cultivo e exploração da terra por longo tempo, de forma a trazer para os cooperativados riqueza suficiente para que, após alguns anos, tenham condições de adquirir a preço de mercado sua própria terra.

Na *posição original*, a tendência do “sem-terra” será adotar a segunda alternativa, simplesmente porque ele não sabe ao certo qual sua situação no momento em que executadas as escolhas anteriormente formuladas.

Assim, escolhida a alternativa da cooperativa rural, pode-se concluir, ainda que em tese, que há uma certa composição entre os interesses de duas posições bem antagônicas, a contribuir para um *resultado equitativo e equilibrado, cuja justeza será causa para sua estabilidade*.

Nesse exemplo, pode-se afirmar – com alguma dose de desencargo de consciência – que haveria igualdade de oportunidades, no sentido que a todos os contratantes seria assegurado produzir e acumular riqueza a partir do cultivo da terra.

Os dois princípios de justiça – e isso é o que Rawls deseja demonstrar – são a melhor resposta que alguém pode dar às exigências correspondentes dos outros. Por isso a escolha *dessa concepção de justiça* é a *única* solução a ser adotada na situação original.

Com base nessas colocações, Rawls faz um paralelo com a *Teoria do Preço*, mais precisamente sobre o *equilíbrio dos mercados*, em que indivíduos cedem uns aos outros em troca do que mais desejam. Nessa situação, o equilíbrio é resultado de acordos livremente firmados entre negociantes interessados. Esse equilíbrio persistirá, se não houver mudanças posteriores nas circunstâncias, e, se houver um desvio e ainda assim houver uma ação que o restaure, pode-se considerar com certa tranquilidade que *o equilíbrio é então estável*.

O fato de a situação ser de equilíbrio (ainda que estável) não significa que a situação seja justa, mas apenas que os homens agem para preservá-la. Nessa linha, nada impede que exista uma situação de equilíbrio de ódio e que, não obstante, tal situação seja estável.

Assim, a *avaliação moral* das situações de equilíbrio depende da situação básica que as determina. *Por isso a Teoria Moral deve ser considerada na concepção da posição original*. O objetivo é caracterizar a posição original de modo que os princípios escolhidos sejam aceitáveis do *ponto de vista moral*. Por conseguinte, qualquer consenso na posição original é justo: as partes são pessoas dignas, o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais.

Conseqüentemente, vale reiterar que a *posição original* é meramente hipotética. Portanto, não se deseja que a concepção da *posição original* explique a conduta humana, exceto quando ela ajuda a explicar que se tem um senso de justiça. Por isso é que *a justiça como equidade é uma teoria dos sentimentos morais da pessoa humana, que se manifestam por seus juízos ponderados, em estado de equilíbrio refletido*.

Esses sentimentos afetam os pensamentos e as ações humanas. Apesar de daí se poder concluir que a concepção da *posição original* faça parte da Teoria da Conduta, não se pode inferir que haja situações reais a ela semelhantes (os princípios devem apenas ser aceitos no raciocínio moral).

A aceitação dos princípios não é uma lei ou uma fórmula, muito embora Rawls chegue ao ponto externar seu desejo de poder trabalhar com uma “*geometria moral*”, deixando claro seu ideal de manusear a Teoria Política por meio de cálculos (e aqui sim se pode criticar o autor, por desejar trazer o cálculo para a seara das humanidades).

De toda forma, é interessante registrar o fato de Rawls reconhecer que o raciocínio matemático é muito aquém daquilo que se espera com a construção de uma teoria político-social. É pena que os economistas não pensem assim e teimem em subordinar a satisfação de direitos fundamentais do cidadão aos limites quantitativos do orçamento do Estado.

3.8 Apresentação das alternativas

Como acima comentado, Rawls segue detidamente uma *agenda*, que deve ser observada pelas partes na *posição original*. Um dos primeiros passos previsto nesta *agenda* diz respeito à escolha dentre as concepções possíveis de justiça.

À vista da amplitude da tarefa, é difícil caracterizar essas concepções, pois é provável que alguns princípios que devam ser priorizados sejam afinal negligenciados. Além disso, não se pode deixar de admitir que para cada concepção de justiça exista, em tese, uma melhor, de modo a prorrogar indefinidamente tal processo de escolha, fato que levaria ao malogro da teoria contratualista de Rawls, formulada a partir da idéia da *posição original*.

Sugerindo uma resposta, admite Rawls que algumas soluções para a escolha da alternativa podem ficar claras a partir de uma *reflexão cuidadosa*.

Diante do problema – a existência de indefinido número de alternativas – Rawls traça a seguinte estratégia: *toma uma pequena lista de alternativas, ou, melhor dizendo, de concepções de justiça, como a melhor, assumindo como desinfluentes todas as demais (e infinitas) alternativas que não estejam estritamente previstas nesta lista.*

Daí se concorda que os dois princípios de justiça são preferíveis, já que todos concordam que eles devem ser escolhidos em relação a cada uma das alternativas.

Em uma palavra, fica demonstrado que, a partir dessa lista, os princípios de justiça seriam escolhidos.

É importante registrar o reconhecimento de Rawls de que esse modo de proceder é insatisfatório. Rawls não deixa transparecer a exatidão de sua insatisfação, mas a interpretação mais correta parece ser que ela se fundamenta na possibilidade de cometimento de erros causados pela precipitação em se excluir da lista algumas concepções tidas como relevantes.

Mas Rawls não vai se preocupar em dar nesse momento a melhor solução para o problema, pois ele não vê como evitar métodos frágeis e incompletos. Sua intenção é demonstrar que os dois princípios de justiça seriam escolhidos dentre as concepções de justiça que constam da lista que ele próprio vai definir como sendo aquela apresentada às partes na *posição original*, abran-

gendo como alternativas de justiça, além dos dois princípios, as concepções mistas, as concepções teleológicas clássicas (utilitaristas), as concepções intuitionistas e, por fim, as concepções egoísticas⁷.

Cada uma dessas concepções tem seus prós e contras. A decisão das pessoas na *posição original* depende de um equilíbrio de várias considerações e, nesse sentido, há um apelo à intuição na base da Teoria da Justiça.

Rawls teve o cuidado de elaborar uma lista cujas concepções de justiça, segundo alega, se aplicam incondicionalmente, *quaisquer que sejam as circunstâncias* ou o estado da sociedade.

Assim, é desejável caracterizar a *posição original* de modo que as partes escolham princípios que se apliquem incondicionalmente, razão pela qual as concepções variáveis, consubstanciadas naquelas aplicáveis apenas, por exemplo, a um estágio de cultura, não podem ser acrescentadas à lista, sob pena de complicar ainda mais o problema.

3.9 Raciocínio que conduz aos dois princípios de justiça

No decorrer de sua construção teórica, Rawls aborda, por diversas vezes, a teoria utilitarista, justamente por considerar que o utilitarismo teve grande relevância no pensamento político anglo-saxão e que, não obstante, não mais se apresentava como satisfatório, de modo que se fazia necessário substituí-lo por uma concepção de justiça mais adequada ao liberalismo que então vigia nos Estados Unidos.

Com efeito, Rawls passa a abordar a escolha entre os princípios da justiça e o princípio da utilidade média: determinar a preferência racional por uma dessas opções é ponto central do desenvolvimento da concepção de justiça como equidade em alternativa à tradição utilitarista.

Rawls tenta encontrar argumentos que sejam decisivos do ponto de vista da *posição original*, considerando útil, como estratégia heurística, pensar nos dois princípios como uma solução que denomina *maximin* para o problema da justiça social.

A questão do *maximin* – interessantíssima! – traduz uma *estratégia de escolha* pelas partes na *posição original*. Consideram-se as alternativas segundo seus piores resultados possíveis, adotando aquela cujo pior resultado possível é superior ao pior resultado possível de qualquer outra alternativa. É uma estratégia atraente para quem tem uma perspectiva conservadora ou pessimista. As partes adotam princípios configuradores de uma sociedade como se os seus

⁷ Para melhor averiguação da lista apresentada por RAWLS, vide *Uma Teoria da Justiça*. 1ª ed. da obra traduzida para a língua portuguesa. Martins Fontes, p. 133-134, 2000.

lugares nessa sociedade estivessem para ser determinados por seus piores inimigos.

E porque isso? Porque a estratégia teoricamente contrária, a do *maximax*, é de alto risco. O método do *maximax* é aquele pelo qual se devem ordenar as alternativas segundo o melhor resultado possível, adotando aquela cujo melhor resultado possível é superior ao melhor resultado possível de qualquer outra alternativa. Em exemplo de como o *maximax* pode ser arriscado, Rawls cita a escolha da ditadura de uma só pessoa, desde que houvesse uma hipótese dessa pessoa ser o ditador e as demais suas servas. Em outras palavras, seria arriscar tudo em uma única hipótese, por mais remota que seja, desde que seu possível resultado seja teoricamente superior (lembre-se o caso do "sem-terra" que propõe a desapropriação e depois descobre que é um dono de terra produtiva, abrangida pelo ato expropriatório). Não vale a pena correr riscos para obter maiores benefícios. Além disso, essa estratégia pode conduzir a resultados intoleráveis.

Mas a regra do *maximin* poderia muitas vezes, na vida quotidiana, ir de encontro com a própria intuição humana. Um exemplo muito proveitoso, sugerido por Chandran Kukathas e Philip Pettit, diz respeito a seguinte hipótese: imagine-se a situação em que há, para determinada família, duas opções que poderia adotar no mês em que todos os seus membros estivessem de férias.

A primeira alternativa seria viajar de avião para uma cidade de veraneio, caso em que o divertimento seria assegurado a todos. A segunda hipótese seria permanecer em casa nas férias e receber a visita de um parente chato. Dessas situações, vários resultados são possíveis. Adotando o método *maximin* – e portanto levando em consideração os piores resultados possíveis de cada opção – chegar-se-ia à conclusão de que a primeira opção poderia gerar o resultado morte, em razão da queda do avião, e, quanto à segunda alternativa, o máximo de risco que se poderia incorrer seria ficar com os ouvidos cheios pelas besteiras propagadas pelos tais parentes desagradáveis. Daí esta última ser preferível, por ser manifestamente menos ruim.

Esse exemplo levaria à conclusão de que a aplicação do *maximin* se exibiria evidentemente inadequada, pois faz parte do bom senso do ser humano que ele se sujeite a correr pequenos riscos, para posteriormente colher proveitos razoáveis.

Em resposta, Rawls diz que o *maximin* é uma regra que só tem aplicação em certos problemas de escolha em *grande escala*, de modo a não se aplicar para a resolução de pequenas casualidades da vida cotidiana. Além disso, afirma Rawls que a *posição original* é muito especial e, sendo um *artifício*, não se equipara às circunstâncias que se verificam na vida real.

Enfim, pode-se dizer que há duas espécies de razões que levam à escolha dos princípios de justiça como equidade:

- (i) Essa concepção é capaz de resistir a um exame crítico comparativo na *posição original* com outras concepções, como as utilitaristas, egoísticas e perfeccionistas. A estratégia do *maximin* conduz a que a justiça como equidade seja ordenada preferencialmente sobre qualquer outra alternativa disponível. Em particular, o princípio da diferença zelaria pelo bem-estar dos grupos de desfavorecidos, garantindo-lhes melhores condições, sem por em risco a liberdade.

O utilitarismo, por exemplo, torna possível que a maximização da utilidade conduza algumas pessoas a condições de vida muito difíceis, como a escravidão, se esta pudesse ser considerada como maximização da utilidade média ou total.

- (ii) A justiça como equidade possui várias vantagens positivas, que dão a entender serem os dois princípios a única proposta realmente exequível. Isso porque:
- a) por eles cada uma das partes pode esperar que, uma vez adotados esses princípios, os outros vão aderir;
 - b) é a concepção mais estável, pois tem o seu próprio apoio e proclama o bem de todos, garantindo a liberdade e o benefício de todos, obtido pelo próprio princípio da diferença. Uma vez que o bem de todos é afirmado, eles se sentem inclinados a aceitá-lo (diferente do que ocorreria no utilitarismo);
 - c) assegura o respeito do homem pelos outros homens e o auto-respeito faz aumentar a eficácia da cooperação social.

Esse último ponto parece ser fundamental na teoria da justiça como equidade. À semelhança de Kant, em sua **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, Rawls traz à baila importantíssimo conteúdo ético em sua proposta de justiça política, fazendo crer que está acima das incontáveis críticas que vem sofrendo, desde que editou **Uma Teoria da Justiça**.

3.10 A questão das concepções utilitaristas

Rawls insiste em analisar as concepções utilitaristas por variadas vezes, justamente para afinal concluir pela preferência da concepção da justiça como equidade.

Primeiramente, vai comparar a utilidade clássica com a utilidade média, assumindo ser a última preferível, por maximizar não a utilidade total, mas sim a *per capita*. Isso porque, na primeira, se o número total de pessoas numa sociedade dobra, a utilidade total é duas vezes maior, enquanto que na segunda a utilidade média não se altera com o crescimento da população. Assim, pela utilidade clássica, a população seria encorajada a crescer indefinidamente, não

importando o quanto do nível da média tenha diminuído, pois a soma da utilidade total, obtida pelo número maior de pessoas, compensa o declínio da utilidade *per capita*.

Feito isso, Rawls vai apontar as falhas do raciocínio a favor do princípio da utilidade média, de modo a reforçar sua concepção de justiça como equidade:

- i) Não há fundamentos objetivos na *posição original* para a aceitação de probabilidades iguais, já que essas probabilidades são meras suposições.
- ii) O argumento utilitarista supõe que as partes não têm vontade ou caráter definidos e que não tem objetivos finais determinados, nem uma concepção particular de seu próprio bem que estejam interessadas em proteger. Assim o raciocínio utilitarista chega a uma expressão puramente formal: é como se continuasse a utilizar argumentos probabilísticos e modos de fazer comparações interpessoais muito tempo depois de as condições necessárias para o seu uso legítimo terem sido excluídas pelas circunstâncias da posição original.

3.11 Argumentos a favor dos dois princípios da justiça

A parte teórica da obra de Rawls não poderia deixar de apresentar uma última argumentação, a um só tempo sucinta e conclusiva, que viesse a corroborar tudo aquilo que o autor expôs a respeito da procedibilidade de seus princípios de justiça como equidade.

Rawls defende que a publicidade e o caráter definitivo do acordo feito na *posição original* são fundamentais para que ele explique os argumentos a favor da justiça como equidade, que se resumem no seguinte:

- i) **Força do compromisso:** o fato de as partes convencionarem um acordo definitivo as leva a ponderar e escolher alternativas que terão condições de cumprir, assegurando-se mutuamente direitos básicos.
- ii) **Estabilidade, que decorre da publicidade:** quando se reconhece publicamente que a *estrutura básica* da sociedade satisfaz *princípios de justiça*, as pessoas tendem a agir de acordo com esses princípios. Ou seja, a *justiça é estável* quando o reconhecimento geral de sua realização tende a fomentar nas pessoas o *senso de justiça*. Esse reconhecimento público conduz à auto-estima das pessoas, ao respeito mútuo.

Em sentido oposto, o princípio da utilidade não gera estabilidade, porquanto não há garantia de que todos se beneficiem. Ao lado disso, o utilitaris-

mo exige que alguns menos favorecidos aceitem perspectivas de vida ainda mais baixas, visando à promoção do bem de todos.

Quanto ao último argumento – volte-se a repetir – Rawls faz um paralelo com a visão de Kant, indicando como sua concepção de justiça faz com que os homens tratem uns aos outros não apenas como meios, mas como finalidades em si próprias.

4 CONCLUSÃO

Muitos bons juristas e estudiosos da Teoria Política externam certo desconforto com a obra de Rawls, principalmente por ser ele, declaradamente, um *liberal* que propõe uma teoria destinada à *manutenção do sistema*.

Sob este ponto de vista, Rawls representaria o intelectual conservador, que tem por objetivo conferir *estabilidade à justiça política de uma sociedade bem-ordenada*.

Em resposta a esta tendência, registre-se que o termo *liberal* não tem nos Estados Unidos o mesmo significado que lhe é conferido na Europa e no Brasil. O *liberal* norte-americano pode ser qualificado nos parâmetros brasileiros como partidário da *social-democracia*, caracterizada por defender (ao menos em tese) a adoção de mecanismos oficiais que sejam aptos a promover a elevação dos padrões de renda da minoria que não consegue fazê-lo por intermédio da economia de mercado.

John Rawls é, pois, um social-democrata. Ao publicar *Uma Teoria da Justiça*, avançou na Teoria Política, abraçando e sustentando a noção da justiça como parte da vida humana e não apenas de uma classe. Daí seu ideal de justiça como equidade, fundada no princípio igualitário pelo qual todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, progressos e riquezas e as bases do respeito a si mesmo – devem distribuir-se igualmente, a menos que uma distribuição desigual desses bens seja vantajosa a todos.

Afastando-se de quem vê em *Uma Teoria da Justiça* certa pitada de egoísmo, pode-se concluir com bastante tranquilidade que o egoísmo foi uma das maiores preocupações de Rawls, o qual, ciente da natureza do ser humano, criou uma série de artifícios, tais como o *véu de ignorância*, o *desinteresse mútuo* e a regra do *maximin*, para neutralizar no mais alto grau possível os perniciosos efeitos daquela peculiaridade humana.

Nesse sentido, pode-se indicar como maior mérito da teoria de Rawls a confirmação do pensamento kantiano, sobretudo no que se refere à consideração do homem como finalidade em si mesmo, e não como instrumento, a serviço dos demais.

Por tal razão, Rawls se distancia da idéia de Estado assistencialista. Não é remediando as diferenças que se garantirá a igualdade: a atuação do Estado deve ser para fins de permitir a igualdade desde o primeiro momento em que é facultado ao indivíduo o ingresso no sistema, ainda quando criança, sobretudo zelando pelo desenvolvimento de sua personalidade, mediante positiva atuação nas comunidades e nos grupos que sobre ela exercem maior influência, dentre os quais se destacam o grupo familiar e o grupo escolar.

Interessante notar que esse pensamento tem uma justificativa histórica.

Com efeito, o igualitarismo de Rawls veio a dar novo alento aos social-democratas (*liberals*) norte-americanos. Como, em 1965, nos Estados Unidos, as famílias consideradas pobres compusessem 17,3% da população, o nível mais alto da história americana, o governo Lyndon Johnson se pôs a lançar programas de assistência, em decorrência do qual os gastos públicos alcançaram rapidamente montantes de US\$ 400,000,000,000 (quatrocentos bilhões de dólares norte-americanos) anuais, sem que disso resultasse a redução da pobreza daquele segmento populacional.

Diante da natural queda do igualitarismo e do pleito por reformas políticas, **Uma Teoria da Justiça** surge para fortalecer e reagrupar os social-democratas, sendo amplamente acolhida nos Estados Unidos e na Europa.

Uma última questão, que merece ser tratada nestas notas conclusivas, é respeitante à alegada ausência de universalismo na teoria de Rawls, que assim só seria *executável* em uma *sociedade bem-ordenada*.

Em **Political Liberalism**, Rawls deixa claro que o conceito de *sociedade bem-ordenada* resume-se em duas palavras: *democracia constitucional*.

Logo, infere-se que sua tese de justiça como equidade é em princípio executável em sistema político pautado em bases democráticas e conduzido por uma constituição.

Não poderia ser diferente.

Uma teoria de justiça seria absolutamente inútil em qualquer sistema mantido pelo regime da força (e essa questão é muito bem exposta por Rawls), no qual a ética e a moral inexistem, não havendo que se falar nessas circunstâncias de justiça política, incompatível com a força física.

Sob tal enfoque, a busca pelo *Estado Democrático de Direito* precede a qualquer outra medida tendente a estabelecer e aplicar uma teoria de justiça política.

E, uma vez alcançada a *democracia-constitucional*, devem ser vertidos os melhores esforços para sua manutenção, visto que a experiência mostra que essa estrutura política é a mais fértil para a valorização do ser humano em seu ambiente social. Nada há de mau, portanto, em defender sua *estabilidade*, con-

siderando-se que as circunstâncias de instabilidade política favorecem a quebra de direitos e garantias constitucionais.

Desenganadamente, o raciocínio acima descrito abre caminho para uma aplicação muito mais universal que se esperava, *prima facie*, de Uma Teoria da Justiça: para alguns povos, mais *organizados*, devem ser alcançados e praticados os princípios de justiça como equidade. Para outros, ainda na estrada do desenvolvimento político, é urgente a conquista do regime democrata-constitucional, para que, então, se pensem em postulados de justiça política.

No Brasil, o regime inaugurado pela Constituição Federal de 1988 é amplamente receptivo aos princípios de justiça como equidade. O Estado Democrático de Direito evoluiu rapidamente nos últimos anos. Este processo de amadurecimento político faz do Brasil de hoje um modelo de *sociedade bem-ordenada*, digna de alçar vãos mais altos, mediante a institucionalização de uma igualdade material de oportunidades a todos os seus cidadãos, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

5 REFERÊNCIAS

- BARRETO, Vicente de Paulo. O conceito de cidadania moderna. *RDA*, p. 29-37, 192.
- HABERMAS, Jürgen, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, editado por Pablo De Greiff e Ciara Cronin.
- HÖFFE, Otfried. O imperativo categórico do direito: uma interpretação da Introdução à Doutrina do Direito. *Revista da Sociedade Kant Brasileira*, v. 1, n. 1, p. 203-234.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Edições 70.
- KUKATHAS; RAWLS, Pettit. *Uma Teoria da Justiça e os seus críticos*. Gradiva.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Martins Fontes.
- _____. *Liberalismo Político*. Ática.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A Teoria da Justiça de Rawls e o Pensamento de Esquerda*.