

JUSTIÇA E DIREITO: UMA ABORDAGEM POLÍTICO-FILOSÓFICA

José N. Heck**

RESUMO.

Na esfera do direito positivo, o conceito de justiça ocupa o plano suprapositivo e não incide diretamente sobre a aplicação das normas jurídicas em vigor. No âmbito filosófico, o conceito de justiça tem a idade do pensamento ocidental, mas há tempo deixou de ser abordada como virtude para inspirar discursos sociais de caráter reivindicatório. O presente ensaio procura trazer a discussão da justiça para a disciplina “Filosofia do Direito”.

INTRODUÇÃO

A noção de justiça confunde-se com as origens da filosofia ocidental. Diferentemente do que acontece com ética e moral, a qualificação do filósofo para discorrer sobre a justiça concorre há tempo com a competência de profissionais que vêm no *iustum et iniustum* a suprema razão de ser de sua ciência.

Problema-chave do direito moderno é esclarecer as relações que persistem entre lei, direito e justiça. Enquanto os dois primeiros designativos podem ser imaginados como pontos localizados horizontalmente sobre uma superfície plana, a justiça sinaliza um patamar superior, chamado de suprapositivo. A diferença entre lei e direito é mantida de modo que, por um lado, os conceitos se equiparem na mesma latitude e, por outro, eventuais discrepâncias recebam encaminhamento satisfatório pela constituição da lei maior, sem que haja necessidade para recorrer ao direito suprapositivo. Este é nucleado pela palavra justiça. O termo não se refere a uma cláusula generalizante, à qual poder-se-ia apelar na falta de outra regra, critério, preceito ou norma. Na esfera do direito positivo, o conceito de justiça diferencia-se da denominação *lei* e do indicativo *direito* por sua intrínseca inarticulação discursiva. Juristas não discorrem sobre justiça assim como interpretam normas ou explicitam princípios constitucionais. A justiça é honrada enquanto ideal, como algo sempre supracitado.

** Professor Titular (UFG-CNPq/UCG). Professor do Curso de Especialização da Evangélica.

1 – O RESGATE POLÍTICO-FILOSÓFICO DO CONCEITO DE JUSTIÇA

Em seu significado elementar, o termo justiça abarca materialmente tudo o que faz parte do direito. Mas, por tratar-se de direito suprapositivo, o ideal de justiça não é concebido justaposto às leis ou ao direito positivo. Essa peculiaridade assinala a diferença doutrinária que o direito predica à justiça no conjunto da dogmática jurídica. Enquanto toda norma material tem a seu serviço sua contraparte processual, ao conceito de justiça faltam meios eficazes que lhe possam assegurar aplicabilidade jurisdicional. Mesmo quando a pertinência do direito suprapositivo é explicitamente reconhecida, tribunais evitam sentenciar de forma vinculativa com a idéia de justiça.

Tal estado de coisas desafia o filósofo. Cabe a ele articular teorias de justiça capazes de satisfazer a longo prazo a demanda do direito positivo. O primeiro passo de tal tarefa consiste em precisar os diferentes graus de intensidade da demanda jurídica por teorias de justiça. Na medida em que o constitucionalismo moderno traz o ideal de justiça para o universo jurídico, o embate entre lei e justiça recebe solução no âmbito do direito positivo, vale dizer, a exigência por uma teoria da justiça tende a zerar. O direito positivo só terá algo a reivindicar da filosofia quando, por um lado, houver um conflito entre direito positivo e suprapositivo e, por outro, a instância jurídica competente reconhecer que não dispõe de mecanismos adequados para decidi-lo, por não estar de posse de uma teoria de justiça apropriada às peculiaridades do direito suprapositivo. Conflitos em direito que não sejam conflitos entre leis particulares e constituição ou entre normas e princípios constitucionais, não são passíveis de serem eliminados de modo algum pelo direito positivo, devido à incongruência jurídica de admitir de bom grado que leis injustas podem não estar de todo erradicadas do direito, sem que a sistemática jurídica disponha de uma ferramenta suprapositiva capaz de viabilizar a anulação de leis injustas que resistem aos métodos convencionais do controle jurídico.

Tal constelação se configura pelas relações que o Estado de direito estabelece com o Estado social. Caso a desigualdade social não seja assumida como contraditório do fato de os cidadãos serem iguais perante a lei, fica por esclarecer o que a normatividade intrínseca ao conceito de justiça tem a ver com o imperativo da igualdade legal, assegurada sem acepção da pessoa no Estado de direito da tradição liberal.

1. 1 – Duas posições liberais antagônicas de justiça

O livro *A theory of justice* de J. Rawls (1921–) desencadeou uma discussão de fundo no seio do liberalismo filosófico. O debate continua em fluxo e está em ebulição. No refluxo das reações que sua obra provocou destacam-se os defensores da economia de livre mercado e os promotores do liberalismo igualitário. Os primeiros estão frontalmente contrapostos ao liberalismo político porque continuam presos à mão invisível do capitalismo, e os segundos fazem contrapostas ao modelo institucional rawlsiano porque pretendem dar ao capitalismo uma mão visível de justiça social.

Segundo os adeptos da doutrina evolucionária de F. A. von Hayek (1899-1992), o conceito social de justiça não passa de uma quimera. O que há de racional num discurso sobre justiça circunscreve-se à ação de indivíduos que perseguem fins e objetivos racionais, cada qual de acordo com sua livre e espontânea vontade. Aplicar aos resultados desse comportamento o conceito normativo de justiça, ou melhor, dar a justa feição a uma ordem racional distributiva que ninguém consegue evitar e sustar, equivale, para os representantes do livre mercado, a propor que a idéia da justiça social seja usada na previsão dos efeitos causados por um temporal, ou sugerir o manuseio da justiça na avaliação das conseqüências do impacto de um meteoro sobre a superfície do planeta. As variações semânticas do liberalismo econômico obedecem todas ao mesmo *standard* argumentativo, ou seja, a racionalidade ordenadora de distribuição social dos bens gerados no capitalismo está sob o comando de uma mão invisível.¹

A excelência filosófica da figura – mão invisível – está em sua intrínseca heterogeneidade. A dialética do jovem Hegel (1770-1831), bem como a do Marx maduro roeu as unhas ao quebrar a noz de A. Smith (1723-1790), quer dizer, não existe contradição na Bíblia do liberalismo econômico. O que há é aquilo que o velho Marx, num momento de lucidez transcendental, chamou corretamente *metaphysische Mucken* (“manhas metafísicas”), algo que Kant enquadrara na rubrica „antinomias da pura razão“. De acordo com o livro *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, enquanto gerada a riqueza não é das nações, mas sim de quem a produz. No entanto, como realidade *ad libitum* desfeita dessa causação primeira, ela compõe o substrato econômico das nações, isto é, está à disposição para ser consumida também por quem não a produziu. O livre-arbítrio da troca, por parte de quem produz, apaga o rastro da causalidade que prende a riqueza a quem a pôs no mundo.

¹ McMAHON, Christopher. Morality and the invisible hand. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 10, n. 3, 1981, p. 247-276

Dito de outro modo, a riqueza econômica não é menos subjetiva do que objetiva, o que perfaz a antinomia metafísica de qualquer genitivo ontológico. Sob um ponto de vista da história da filosofia, o liberalismo econômico está suspenso numa argola racional pré-kantiana. Kant esvaziou os balões antinômicos do genitivo objetivo e subjetivo metafísico, forçando o livre arbítrio a encarar a autonomia da razão, mas ele não colocou os balões vazios do lado de fora da filosofia, e tampouco os suprassumiu pelo espírito no absoluto, como Hegel o fará. Em suma, a mão invisível do liberalismo econômico de livre mercado opera com uma racionalidade hipotética às custas de uma liberdade sem lei, crente no seu destino teleológico de viés evolucionista.²

O caráter metafísico da lógica distributiva do capitalismo, com seu canto de sereia globalizador, é de linhagem leibniziana. A *mathesis universalis* de Leibniz (1646-1716) é tecida por mão invisível. A luminosidade do raciocínio que leva das coisas ao Ente criador ofusca de tal modo a razão que ela não percebe a ordem racional com a qual Deus governa com justiça todas as coisas. A razão não vê que a mão do Criador se atém às leis que desde a criação regem o cosmo e também não vê que, pelo contrário, a mão da Providência interfere a bel-prazer na ordem do universo, uma vez que Deus é o artífice da criação e de todas as suas leis. A heterogeneidade entre criação e providência é mantida no sistema leibniziano por uma mão que tanto faz ciência quanto milagres, o que, por eficaz que seja, permanece invisível à razão. Afora o liberalismo econômico, não há racionalidade científica, prática ou religiosa nos dias atuais que, sem um piscar de olhos, fale de milagre como fala da teoria dos conjuntos. Na verdade, a justiça da mão invisível do capitalismo obedece ao princípio segundo o qual milagres autênticos são, por estatuto metafísico, milagres econômicos.

Teorias preferenciais de justiça social estão construídas sobre posições individuais e explicitam relações distributivas igualitárias com base nas reivindicações feitas pelos respectivos agentes sociais. Tais construções apresentam-se como alternativa às teorias institucionalistas porque tomam por referência algo não aceito como critério auto-sustentável pelos modelos institucionais de justiça social. Enquanto as últimas consideram as instituições da sociedade como referência reivindicatória fundante de justiça social, as primeiras combinam entre si, por um lado, as preferências dos indivíduos e fixam, por outro, parâmetros de distribuição equitativa para todos os membros da sociedade. A teoria institucional de justiça social desconhece um critério interindividual de reivindicações que independa da estrutura institucional-distributiva da sociedade.

² MACEDO, Ubiratan B. Renascença, apogeu e crise do liberalismo. *Ethica*. Cadernos Acadêmicos. Rio de Janeiro: v. 5, n. 2, 1998, p. 75-92.

Olhada de fora, uma teoria justa de preferências individuais distingue-se de uma teoria institucional justa pela ausência do elemento contratualista na primeira, e por um manifesto distanciamento do utilitarismo e do egoísmo social na segunda. Em comum ambas têm a igualdade legal dos cidadãos e a expressa rejeição por uma partilha da felicidade, como objetivo e resultado últimos de uma teoria de justiça social. Sob este aspecto, os dois modelos têm o seu contraponto temático e metodológico no liberalismo econômico. Devido a seu apelo metafísico, a mão invisível do livre mercado não apenas distribui bens e serviços, mas gerencia também com justiça a felicidade/ infelicidade, o prazer/desprazer, o bem-querer e o malquerer no capitalismo.

Em contrapartida, tanto o modelo institucional quanto o modelo individualista submetem-se aqui à cláusula da incomensurabilidade, segundo a qual não há abaixo dos céus uma taxinomia da felicidade.

2 – A IGUALDADE DE RECURSOS COMO OBJETO IGUALITÁRIO LIBERAL

O objeto material de distribuição igualitária no modelo individualista não são as preferências dos indivíduos enquanto tais. Preferências se têm ou não se têm; além disso, elas não são idênticas, mas diferem mais ou menos umas das outras. Permutar preferências em nome de uma justiça igualitária fere o princípio da igualdade jurídica, segundo o qual os cidadãos são iguais perante a lei e habilitados pelo livre-arbítrio a fazer ou deixar de fazer o que querem. Respeitada a gama diferencial de sua diversidade, as preferências dos homens mostram uma coisa em comum, a saber: precisam ser realizadas. A satisfação das preferências de cada pessoa comporta fases diversas e necessita de meios para ser efetiva. Somente a Deus é dado criar perfeita e instantaneamente *ex nihilo*; vale dizer, preferências dos seres humanos alteram-se ao longo do tempo e precisam de recursos para se realizarem. O objeto do modelo distributivo individualista é, portanto, a igualdade de *recursos* que indivíduos iguais perante a lei merecem ter como substrato material para a realização paulatina do plano de vida que escolheram.³

R. Dworkin (1934–) situa o liberalismo igualitário num mercado que não tem justiça social.⁴

³ Os autores que esposam a teoria individualista de justiça social diferem sutilmente entre si na indicação do objeto. R. Anderson fala de “equal opportunity for welfare”; G. Cohen de „equal access to advantage“; A. Sen de “commodities and capabilities”. Nossa exposição limita-se aos quatro artigos sobre *Equality* de R. Dworkin, e outros trabalhos seus, publicados todos entre 1981 a 1987. Esses ensaios oferecem a concepção mais abrangente e diferenciadora da concepção distributiva do liberalismo igualitário. Todos os autores, citados inicialmente nesta nota, reportam-se a esses e outros textos de Dworkin. Como literatura secundária são usados, preferencialmente, textos de W. Kersting, O. Höffe e Th. Nagel).

⁴ Cf. MACKIE, John. The third theory of law. In: COHEN, Marshall (Ed.). *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. Totowa, N. Jersey: Rowman & Allanheld, 1997, p. 161-170.

O experimento intelectual que apresenta pretende corrigir tal estado de coisas.⁵ Sua teoria de justiça social consiste num sistema descentralizador de recursos, flexível o bastante para reagir igualitariamente aos projetos individuais de vida das pessoas. Proposta não é, portanto, que indivíduos moral e legalmente iguais recebam todos uma quantidade igual de recursos da mesma qualidade. Tal esquema distributivo corresponde, para Dworkin, a um projeto social paternalista, humilhante e centralizador da vida econômica. O senso de igualdade social da teoria distributiva de preferências opta por um ponto de partida comum – a alocação dos recursos – e aciona indivíduos para mapearem a sociedade a seu gosto e em conformidade com seus desideratos.

O parâmetro igualitário da *start position* garante que a liberação dos recursos seja feita sob *fairst conditions*. O modelo contempla duas variantes construtivistas: o leilão de recursos e a organização de um mercado de seguridade. A arrancada teórica do modelo é contrafáctica, seguida por uma comparação entre mundo-ideal e mundo-real, concluindo com a viabilização de instrumentos que ajustem equitativamente desigualdades pré-preferenciais ao *take-off* igualitário do sistema. O objetivo do liberalismo igualitário é colocar à disposição da sociedade um modelo de justiça social que se mostre *ambition-sensitive* e simultaneamente *endowment-insensitive*, ou seja, sensível ao espírito do trabalho pessoal, ao engajamento social e à competição individual e, ao mesmo tempo, insensível às vantagens naturais e sociais não merecidas pelos indivíduos, advindas que são de uma natureza prendada ou de uma situação social confortável, passíveis de compensação.⁶

Uma vez neutralizadas as desigualdades não merecidas, o sistema oferece para cada indivíduo um *set* inicial igualitário de recursos de sua preferência, o que, segundo Dworkin, faz do modelo um mecanismo de distribuição justa de recursos para economias com um mercado injusto.

2.1 – A instalação da justiça social por preferências

Embora o sistema esteja destinado a servir socialmente, a instalação do modelo é feita pelo anticontratualista Dworkin na véspera do evento social, num estado de relações humanas designado *natural* por filósofos do contratualismo político.

Os naufragos de um navio acabam numa ilha e começam juntos nova vida. Com o objetivo de partilhar a ilha e seus bens, é organizado um pregão, no qual cada imigrante consegue os recursos para executar o seu plano de vida. No final do leilão é feito o *envy test*, para saber se alguém foi prejudicado. O teste funciona com uma idéia de inveja racional, não reagindo ao mero ressentimento.

⁵ DWORKIN, Roland. What is equality? Part 1: equality of welfare. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 10, n. 3, 1981, p. 185-246.

⁶ Idem. What is equality? Part. 2: equality of resources. *Philosophy & Public Affairs*. Vo. 10, n. 4, 1981, p. 283-345.

Não se trata, portanto, de ter inveja dos outros – por haverem conseguido os recursos que têm – independentemente da pergunta se aquilo que têm serve ou não para os propósitos de algum outro. O teste de inveja é justo porque operacionaliza a racionalidade do liberalismo igualitário, quer dizer, comparados entre si não são recursos ou preferências, mas comparado é o grau de igualdade que o acervo de recursos, escolhido preferencialmente por cada indivíduo, ostenta simetricamente em relação à porção e à qualidade de recursos preferidos por qualquer outro, com vistas à execução do respectivo plano de vida. O teste de inveja racional ratifica o resultado do leilão, caso ninguém acredite que o feixe de recursos angariados por algum outro indivíduo seja melhor para realizar o projeto de vida dele do que aquele adquirido por ele próprio, de acordo com suas preferências, para atingir os seus objetivos.

Por tratar-se de uma inveja racionalmente sustentável, cada participante do leilão está provido, segundo o modelo, de todas as informações acerca dos recursos mais adequados para sua existência, sobretudo no que tange às implicações econômicas da respectiva escolha, assim como acerca do destino que cada indivíduo terá dentro da dinâmica social posterior. Dworkin admite que os habitantes da ilha têm ciência de que o futuro de suas vidas não será homogêneo, mas que haverá sim, na nova sociedade, uma série de desigualdades resultantes das preferências privilegiadas por cada um em condições de igualdade. Essas desigualdades não poderão sofrer retificações à custa dos benefícios que o desenvolvimento sócio-econômico trará em conformidade com as decisões feitas inicial e posteriormente por cada participante da sociedade insular.⁷

Por ser *fair*, o teste da teoria individualista de justiça social leva em conta, igualmente, todos os dados relevantes para a paridade de condições dos indivíduos numa determinada sociedade. O *envy test* registra, na contramão do raciocínio anterior, as desigualdades injustas que dividem os homens, quer dizer, aquelas que não resultam de méritos, mas têm a ver com a origem das pessoas, e permanecem influenciáveis por suas escolhas preferenciais. Tais desigualdades far-se-ão notórias tão logo o leilão de recursos estiver concluído e o processo social, com suas interdependências mútuas, começar a configurar o *real-world* da sociedade na ilha. Como esse tipo de desigualdades não é imputável às preferências expressas por parte dos indivíduos, por ocasião da aquisição inicial do recursos, Dworkin introduz no experimento intelectual de sua teoria de justiça distributiva um mercado de seguridade social, no qual os indivíduos asseguram-se contra deficiências físicas ou psíquicas, imprevistos ocasionais como incêndios ou acidentes, bem como contra toda a sorte de situações de desamparo ao longo de suas vidas, previsíveis pela racionalidade biológica e sócio-econômica, tais como compleição corpórea e visual estético insatisfatórios, baixo quociente de inteligência, doenças, salários baixos, desemprego e velhice,

⁷ Idem. What is equality? Part 3: the place of liberty. *Iowa Law Review*. Vol. 73, n. 3, 1987, p. 1-54.

enfim todo complexo de fatores que afeta o indivíduo, sem que ele possa desvencilhar-se dele, mas que pode ser neutralizado por medidas compensatórias como apólices de seguro, previdência, e assim por diante.

O mercado de seguros tem a função de ajustar o plano contrafactual ao plano real no modelo individualista de justiça social. Dworkin escreve: “The idea of a market in insurance provides a counterfactual guide through which equality of resources might face the problems of handicaps in the real word”.⁸ Com tal construção, o filósofo americano justifica racionalmente um sistema integrado de compensações individualizadas para a concepção de bem-estar do liberalismo igualitário, apto a ser flexibilizado de acordo com o interesse, a necessidade e o poder aquisitivo dos indivíduos. Todo espectro do sistema público nas áreas de saúde e trabalho é redimido, na teoria individualista de justiça social, pela hipótese construtivista de auto-segurança integral. Enquanto os paladinos do liberalismo econômico buscam privatizar o que ainda resta de público no capitalismo, o modelo dworkiniano do igualitarismo liberal faz o caminho inverso, a saber: legitima sistemas coletivos de compensação financeira e de solidariedade reciprocamente impositiva, previstos e executáveis na forma da lei, para manter de pé e incrementar o mecanismo distributivo e compensatório dos recursos sociais numa sociedade capitalista.

A pertinência do *Leitmotiv* igualitário dos recursos é temática e metodologicamente relevante para uma concepção de justiça social que propõe “overall comparisons of each persons’ overall situation”.⁹ Ela é temática porque a idéia da igualdade por recursos complementa o princípio da igualdade legal, e ela é metodológica porque o modelo distributivo individualizado distingue entre desigualdades merecidas e desmerecidas, fazendo justiça ao ser humano que age livremente, mas é obrigado a fazê-lo sob condições predeterminadas. A racionalidade do liberalismo igualitário é de cunho cartesiano. Ela opera com um referencial em cada indivíduo – no qual se tocam decidibilidade e determinismo, à semelhança do que ocorre na glândula pineal de Cartesius (1596-1650) – buscando saber “which aspects of any person’s economic position flow from his choices and which from advantages and disadvantages that were not matters of choice”.¹⁰

⁸ Idem. What is equality? Part. 2: equality of resources. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 10, n. 4, 1981, p. 297: “A idéia de um mercado em seguros põe à disposição um guia contrafactual pelo qual igualdade de recursos pode enfrentar os problemas de desvantagens no mundo real”.

⁹ Idem. To each his own. *The New York Review of Books*. Vol. 4, n. 14, 1983, p. 4: “(...) comparações abrangentes de cada situação própria a cada pessoa”.

¹⁰ Idem. Why liberals should care about equality. In: *A matter of principle*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1985, p. 208: “(...) quais aspectos relativos à posição econômica de cada pessoa advêm de suas escolhas e quais de vantagens e desvantagens que não são assunto de escolha”.

Sob um visor kantiano, o liberalismo igualitário parece haver descoberto a pedra filosofal do chamado terceiro enunciado de Ulpiano, segundo o qual cabe por justiça a cada um o que é seu.¹¹

3 – A TEORIA INSTITUCIONAL DE JUSTIÇA SOCIAL

O liberalismo político não tem as sutilezas operacionais refinadas do modelo distributivo individualista. Por não ser uma proposta de justiça social por preferências, Rawls declina atribuir ao homem individual uma posição comparável àquela que ocupa no *envy test* dworkiniano, no qual cada indivíduo particular tem poder de veto, semelhantemente ao papel do cidadão numa democracia direta. Os bens da teoria institucional-distributiva rawlsiana são *social primary goods* (“bens sociais básicos”), e não recursos leiloados ao sabor de preferências e planos de vida tipicamente pessoais. O modelo institucional de justiça social trabalha com um modelo distributivo orientado nas necessidades de um ser vivo cujos apetites, impulsos e desejos são tendencialmente ilimitados, vale dizer, universalizáveis.

O pregão de recursos, como ignição do liberalismo igualitário, é controlado pelo teste de inveja racional. A opção do *envy test* não é mais o leilão de abertura, mas sim um leilão hipotético ao final do modelo. Ao controlar por meio do teste a aquisição dos recursos apregoados, os indivíduos trocam os critérios igualitários iniciais por critérios igualitários finais, de modo que a referência igualitária do controle é não-idêntica à referência igualitária do leilão. A alteração do ponto de vista não elimina a contingência opcional do modelo, uma vez que ela se confunde com a identidade individual dos participantes do leilão, ou seja, o teste de inveja só poderia ratificar racionalmente a primeira distribuição dos recursos, se cada indivíduo pudesse substituir o seu semelhante e calcular, como alter-ego seu, a trajetória que vai do ponto de partida ao ponto de chegada dos recursos, de acordo com os diferentes planos de vida de cada habitante da ilha. Como isso não é possível, o ponto de contato que a racionalidade do teste de inveja estabelece com os elementos empíricos do mesmo constitui o *black-box* modelar de contingência na teoria individualista de justiça social. Sem contar com uma contraface mecanicista, como em Descartes, a racionalidade do liberalismo igualitário acaba concluindo que, depois de tudo, todos os gatos são pardos.

¹¹ Idem. What is equality? Part 4: political equality. *University of San Francisco Law Review*. Vol. 22, n. 3, 1987, p. 1-30. Cf. também KERSTING. *Die politische Philosophie der Gegenwart*. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1998, p. 74-131; NAGEL, Thomas. *Equality and impartiality*. New York: Columbia University Press, 1991.

Não há, para Rawls, referências pré-institucionais que alavanquem uma teoria de justiça social. Os indivíduos contam, para o liberalismo político, como membros de uma sociedade autárquica, na qual entram pelo nascimento e da qual saem com a morte. “This allows us“, escreve Rawls, „to speak of them as born into a society where they will lead a complete life”.¹² Rawls rechaça a idéia de que um modelo justo de cooperação social possa ser construído a partir de preferências particulares e sobre projetos de vida individuais. O liberalismo político também não acolhe a idéia contrária do *civic humanism* (“humanismo civil”) que, por considerar o homem um animal metafisicamente socializado, toma os humanos por seres políticos por natureza cuja realização plena de vida boa estaria numa intensa participação na atividade política das democracias modernas, resgatando as assim chamadas por B. Constant (1767-1830) de “liberdades dos antigos”.¹³ Ambas as concepções perfazem, para Rawls, simples *comprehensive doctrines* (“doutrinas compreensivas”), quer dizer, posições teóricas *lato sensu* que não têm a sociedade por objeto, mas dela se apropriam por raciocínio lógico, pela subsunção ética ou por mera derivação cultural.

De acordo com o liberalismo político, os homens não tendem a criar uma sociedade ou decidem nela entrar, e tampouco dela participam pelo bem viver. Segundo Rawls, as teorias de fundação da sociedade são hipóteses explicativas, compreensivas ou de justificação¹⁴ para o fato de que os homens nela nascem e morrem, independentemente se com ela vivem bem ou mal. Rawls não se compromete com nenhuma posição que pretende mostrar, provar, expressar ou pensar as relações intrínsecas entre a existência da sociedade e as suas razões de ser. Seja antiga ou moderna, fornecida pelo senso comum ou por alta especulação, a versão do homem é a versão da sociedade. As doutrinas e concepções do homem sobre si mesmo e sobre a sociedade são contrafaces umas das outras ou sobrepõem-se umas às outras, equilibrando-se flexivelmente entre si (*reflective equilibrium*) ou constituindo-se num consenso sobreposto (*overlapping consensus*), vale dizer, as clássicas concepções metafísicas de Platão ou Aristóteles (384-322a.C.) acerca da pólis grega e de seus membros, ou as modernas doutrinas filosóficas de Hobbes (1588-1679), Locke (1632-1704),

¹² RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 12: “Isto nos permite falar deles como nascidos em uma sociedade, na qual passarão toda a sua vida“. Cf. também p. 301: “Since I suppose the society in question is closed, we are to imagine that there is no entry or exit except by birth and death; thus persons are born into society taken as a self-sufficient scheme of cooperation, (...)“.

¹³ Ibidem, p. 206: “But with civic humanism, as I understand it, there is indeed fundamental opposition. For as a form of Aristotelianism, it is sometimes stated as the view that man is a social, even a political, animal whose essential nature is most fully realized in a democratic society in which there is widespread and vigorous participation in political life. (...). Rather, taking part in democratic politics is seen as the privileged locus of the good life. It is a return to giving a central place to what Constant called the ‘liberties of the ancients’ and has all the defects of that“. Sobre a relação Constant-Rousseau cf. HERB, Karlfriedrich. *Bürgerliche Freiheit*. Politische Philosophie von Hobbes bis Constant. Freiburg/München: Karl Alber Verlag, 1999, p. 79-89.

¹⁴ HÖFFE, Otfried. Ist Kants Rechtsphilosophie noch aktuell. In: *Metaphysische Anfrangsgründe der Rechtslehre*. Berlin: Akademie Verlag, 1999, p. 282/.

Rousseau (1712-1778) ou outros, sobre indivíduo e sociedade, não constituem um mundo teórico à parte das narrações bíblicas ou das explicações corriqueiras e científicas sobre o surgimento do homem e da sociedade, mas concorrem de igual para igual, tocam mais ou menos umas nas outras, sustentam-se ou reciprocamente se combatem. O designativo político, Rawls o atribui apenas a uma concepção de justiça *freestanding view* (“visão solta”), em relação a toda e qualquer outra noção abrangente de homem e sociedade, chamada por ele de metafísica.

Não é mera casualidade que Hegel seja o único autor com quem Rawls se mede ombro a ombro,¹⁵ ao assegurar a forma ideal (*ideal form*) para objeto do liberalismo político. Por haver integrado sistematicamente, como filósofo especulativo, a liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos, Hegel é o único pensador que, por liberdade, faz justiça à razão. Enquanto na razão prática kantiana a liberdade tem apenas estatuto ontológico (*ratio essendi*), na *Ciência da Lógica* hegeliana, que é uma lógica da liberdade, ela adquire igualmente a dignidade cognitiva, reservada por Kant à moral (*ratio cognoscendi*). Em suma, desde que justa, a liberdade dispensa a imperatividade categórica, bem como qualquer norma e toda coerção.¹⁶

O preço que a dialética hegeliana paga à justiça do absoluto é a indistinção entre ser e dever-ser. Sob este aspecto, o pai da moderna dialética tem em comum com seus antípodas atuais, os analíticos, uma concepção lógico-terminal de filosofia, quer dizer, tarefa do filósofo é tão-somente explicitar a lógica imanente do dito, ou como Hegel registra no prefácio da *Filosofia do Direito*: “Para acrescentar uma palavra a mais à pretensão de *ensinar* como o mundo deve ser, há que assinalar que de qualquer modo a filosofia chega sempre demasiado tarde. Como o pensamento do mundo, ela aparece no tempo apenas depois que a realidade consumou seu processo de formação e se tem completado”.¹⁷

Rawls ratifica parcialmente¹⁸ o estatuto ontológico hegeliano da liberdade, ao constatar a realidade do pluralismo razoável (*reasonable pluralism*) nas sociedades modernas, claramente distinto de um pluralismo qualquer com teor voluntarista.¹⁹ Mas, por mais livres que os homens sejam e a forma ideal o é no espírito absoluto, as últimas páginas da *Lógica* não fizeram com que as pessoas ficassem socialmente mais iguais do que foram na pólis grega, no socialismo real ou nas comunidades históricas da fé neotestamentária.

¹⁵ RAWLS. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 285-288.

¹⁶ Sobre a concepção moral, política e jurídica de liberdade em Kant cf. KERSTING. *Wohlgeordnete Freiheit*. Immanuel Kant Rechts- und Staatsphilosophie: Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1993.

¹⁷ HEGEL, Georg. W.-F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. 4. Aufl. Hamburgo:Meiner, 1955, 17.

¹⁸ A afirmação não está em contradição com a opinião de Rawls de que “Habermas’s own doctrine, I believe, is one of logic in the broad Hegelian sense”, portanto, num sentido que Rawls não aceita, ao não identificar liberdade com igualdade social. RAWLS. Reply to Habermas. In: *Political liberalism*. With a new introduction and the „Reply to Habermas“. New York: Columbia University Press, 1996, p. 378.

¹⁹ RAWLS. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 36: “This fact of reasonable pluralism must be distinguished from the fact of pluralism as such”.

A prioridade das liberdades fundamentais (*basic liberties*) na nervura institucional (*institutional framework*) da sociedade não elimina, para Rawls, a razoabilidade do objeto no liberalismo político, a saber: a estrutura básica da sociedade. Não há espírito objetivo, nem mesmo o da liberdade intensiva do espírito absoluto, que saiba lidar razoavelmente com o fato do pluralismo (*fact of pluralism*) nas modernas sociedades democráticas, a não ser uma *ratio cognoscendi* munida “first, with willingness to propose and honor fair terms of cooperation, and second, with the willingness to recognize the burdens of judgment and to accept their consequences”.²⁰ O filósofo americano tem uma concepção plural de liberdade, na qual cada cidadão ocupa o lugar do espírito absoluto, e resgata de forma construtivista, à revelia do idealismo hegeliano, uma concepção moral de razoabilidade cooperadora, inspirada na doutrina da virtude de Kant. Rawls retoma, então, em *Political Liberalism* a posição de sua teoria da justiça, não sem antes²¹ haver desfeito eventuais mal-entendidos acerca de uma equiparação filosófica entre igualdade moral e jurídica, por um lado, e, por outro, a igualdade sócio-econômica dos cidadãos nas sociedades democráticas.

Avaliado com ferramentas analíticas ou dialéticas, o liberalismo político rawlsiano zela pelo caráter pragmático da filosofia contemporânea e não concorre, em conseqüência, com discursos outonais do pensamento.

Mais explicitamente do que em sua primeira grande obra filosófica, Rawls se distancia da tese de que o liberalismo político faz jus a uma teoria igualitária de justiça social com base numa decidibilidade meramente racional. Ele revida sua formulação correspondente, em *Theory of Justice*, como simplesmente falsa.²² Caso se entenda por igualdade social uma proposta que concorra matematicamente com a igualdade jurídica, o liberalismo político está situado contraditoriamente frente ao igualitarismo liberal. “The rules applying to agreements are, after all”, apostrofa Rawls, “practical and public directives, and not mathematical functions which may be as complicated as one can imagine”.²³ Além disso, no liberalismo político continua valendo o princípio da diferença, de acordo com o qual não se trata de cuidar de indivíduos concretos, mas de zelar por indivíduos representativos, grupos sociais e classes.

²⁰ Ibidem, p. 49:“(…) primeiro, com a disposição de propor e honrar termos justos de cooperação e, segundo, com a disposição de reconhecer os ônus do julgamento e aceitar suas conseqüências”.

²¹ As adaptações foram feitas paulatinamente, publicadas em artigos e integram o livro *Political liberalism*. Cf. a coletânea de textos da época. RAWLS. *Die Idee des politischen Liberalismus*. Aufsätze 1978-1989. Trad. do inglês por W. Hirsch. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1992.

²² RAWLS. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 53 (nota de rodapé 7): “Here I correct a remark in *Theory*, (…), where it is said that the theory of justice is part of the theory of rational decision. From what we have said, this is simple incorrect”.

²³ Ibidem, p. 267-268:“(…) Finalmente, as regras a serem aplicadas para acordos são diretivas práticas e públicas e não funções matemáticas, que podem ser tão complicadas quanto é possível imaginar”.

A teoria distributiva da justiça sócio-institucional não está voltada para a individualidade dos membros da sociedade, mas está fixada nas relações, camadas e estratos sociais que compõem a sociedade.²⁴ O princípio da diferença destina-se a configurar a estrutura social básica e serve como critério constitucional que regula exigências e reivindicações por intermédio de normas públicas. O princípio da diferença faz com que a estrutura da sociedade se estabeleça, ela própria, como procedimento regulador de justiça social.²⁵ Em resumo, não há descontinuidade entre a teoria da justiça e a concepção do liberalismo político no filósofo americano.²⁶

A crítica que um representante do exército de reserva ou da massa de desempregados pode fazer à concepção de *justice as fairness* é que ela somente contempla agentes do processo produtivo. A teoria institucional rawlsiana de justiça não apresenta, de fato, um modelo distributivo que sirva para o Estado social, com vistas a um atendimento justo daqueles que não integram as estruturas de produção do capitalismo. Sob este aspecto, o liberalismo político mantém um parentesco com o marxismo ortodoxo. O sujeito dialético da revolução não é, em Marx, o *Lumpenproletariat*, mas sim o proletariado industrial do capitalismo explorado pelo capital. Também em *Que Fazer?*, o revolucionário profissional Lênin bateu forte no obreirismo, combateu as caixas de operários e as coletas de solidariedade classista.

Em suma, o liberalismo político não faz, igual ao marxismo-leninismo, idéia de uma sociedade solidária capitalista.

OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

De acordo com o liberalismo *econômico*, o Estado de direito é um mal necessário. Direito positivo e a correspondente faculdade de coagir descaracterizam para os liberais da economia os benefícios do capitalismo e atravancam o livre fluxo de bens no mercado. O liberalismo *igualitário* ratifica a igualdade moral e jurídica com um sistema interindividual de justiça social que não apenas se mede com o Estado de direito, mas prefere vê-lo substituído por uma burocracia leviatânica, cuja técnica distributiva dispensa a autonomia política da sociedade.

²⁴ Ibidem, p. 288: “There is no use in a Kantian contract theory for the contrast between the situation of individuals in the state of nature and the situation in society”. Sobre o contratualismo rawlsiano, cf. OLIVEIRA, Nythamar F. de. Kant como árbitro entre Hobbes e Rawls. *Filosofia Política*. Nova Série. Porto Alegre: v. 4, 1999, p. 161-176.

²⁵ MURPHY, Liam B. Institutions and the demands of justice. *Philosophy & Public Affairs*. v. 27, n. 4, 1998, p. 246-276.

²⁶ Já na obra sobre justiça, Rawls bateu de frente com a alternativa individualista de justiça social, ao escrever: “Since I assume that in general other positions are entered into voluntarily, we need not consider the point of view of men in these positions in judging the basic structure. Indeed, we are to adjust the whole scheme to suit the preferences of those in the so-called places. In judging the social system we are to disregard our more specific interests and associations and look at our situation from the standpoint of these representative men”. RAWLS. *A theory of justice*. 22nd Ed. Cambridge: Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1997, p. 96-97.

O liberalismo *político* distingue programaticamente entre a igualdade legal da cidadania, amparada por mecanismos coercitivos, e a justiça social que estrutura um sistema institucional cooperativo de sociedade estável.

Para a filosofia do direito importa, por um lado, salvaguardar a solução que o Estado de direito dá à liberdade e à igualdade humanas, um vez que não há justiça sem direito. Por outro lado, o Estado de direito não é ainda um Estado social. O profissional em direito faz bem em não ignorar as diferentes teorias de justiça da atualidade sob a desculpa de que se trata apenas de direito suprapositivo. A sobrevivência histórica do Estado moderno depende das respostas que o direito dá ao problema da justiça. A pertinência filosófica da justiça advém da pergunta que Rawls fez mais ou menos nos seguintes termos: sobre o que vale a pena as pessoas se entenderem, caso exista algo em torno do qual seres humanos possam se entender? A resposta é uma só – a justiça. Para Kant, se a justiça desaparecer do mundo, não vale mais a pena para homens viver nesta terra.

ABSTRACT

In positive law, the concept of justice is over law, and this concept doesn't falls upon the application of obligatory rules. In a philosophical way, the concept of justice has the age of occidental thinking, but, nowadays, it inspires social discourses making a lot of reinvidications. This text brings the discussion of justice to the discipline "philosophy of law"

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto et all. *Dicionário de política*. Trad. do italiano por Carmen C. Varrialle et all. 5. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993.
- BOUCHER & KELLY (Ed.) *Social justice*. From Hume to Walzer. London/New York: Routledge, 1995.
- BRANDT, Reinhard. *Gerechtigkeit bei Kant*. *Annual Review of Law and Ethics*. Band I (1993).
- BRITO & HECK (Org.). *Ética e política*. Goiânia: Editora UFG, 1997.
- DWORKIN, Roland. What is equality? Part 1: equality of welfare. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 10, n. 3, 1981.
- _____. What is equality? Part. 2: equality of resources. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 10, n. 4, 1981.
- _____. What is equality? Part 3: the place of liberty. *Iowa Law Review*. Vol. 7, n. 3, 1987.
- _____. To each his own. *The New York Review of Books*. Vol. 4, n. 14, 1983.
- _____. Why liberals should care about equality. In: *A matter of principle*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1985.
- GAUTHIER & SUGDEN (Ed.). *Rationality, justice and social contract*. Themes from *Moral by Agreement*. New York/London: Harvester Wheatsheaf, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen*. Studien zur politischen Philosophie. 2. Aufl. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1997.

- _____. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Philosophische Aufsätze. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1999.
- HECK, José N. Liberalismo político e o conceito do político. Um estudo rawlsiano sobre a estabilidade democrática. *Filosofia Política*. Nova Fase. Porto Alegre : v. 4, 1999.
- HEGEL, Georg F.-W. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. 4. Aufl. Hamburg: Meiner, 1955.
- HERB, Karlfriedrich. HERB, Karlfriedrich. *Bürgerliche Freiheit*. Politische Philosophie von Hobbes bis Constant. Freiburg/München: Karl Alber Verlag, 1999.
- HÖFFE, Otfried. Ist Kants Rechtsphilosophie noch aktuell. In: *Metaphysische Anfrangsgründe der Rechtslehre*. Berlin: Akademie Verlag, 1999.
- _____. *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*. München: Beck, 1999.
- _____. *Vernunft und Recht*. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1996.
- _____. *Justica política*. Fundamentação de uma filosofia do direito e do Estado. Trad. do alemão por E. Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.
- KERSTING, Wolfgang. *Platons 'Staat'*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1999.
- _____. *Die politische Philosophie der Gegenwart*. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1998.
- _____. *Gerechtigkeit als Tausch*. Auseinandersetzung mit der politischen Philosophie Otfried Höffes. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1997.
- _____. *Recht, Gerechtigkeit und politische Tugend*. Abhandlungen zur praktischen Philosophie der Gegenwart. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1997.
- _____. *Wohlgeordnete Freiheit*. Immanuel Kant Rechts- und Staatsphilosophie: Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1993.
- MACEDO, Ubiratan B. de. Renascença, apogeu e crise do liberalismo. *Ethica*. Cadernos Acadêmicos. Rio de Janeiro: v. 5, n. 2, 1998.
- MACKIE, John. The third theory of law. In: COHEN, Marshall (Ed.). *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*. Totowa, N. Jersey: Rowman & Allanheld, 1997.
- McMAHON, Christopher. Morality and the invisible hand. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 10, n. 3, 1981.
- MURPHY, Liam B. Institutions and the demands of justice. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 27, n. 4, 1998.
- NAGEL, Thomas. *Equality and impartiality*. New York: Columbia University Press, 1991.
- OLIVEIRA, Nythamar F. de. Kant como árbitro entre Hobbes e Rawls. *Filosofia Política*. Nova Série. Porto Alegre: v. 4, 1999.
- RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- _____. The law of peoples. In: SHUTE & HURLEY (ed.). *On human rights*. The Oxford Amnesty Lectures. New York Columbia University Press, 1993.
- _____. *Die Idee des politischen Liberalismus*. Aufsätze 1978-1989. Trad. do inglês por W. Hirsch. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1992.
- _____. *A theory of justice*. 22nd imp. Cambridge: Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1997.
- SANDEL, Michael J. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.