

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
NÍVEL DOUTORADO

GUILHERME DE OLIVEIRA FELDENS

O SENSO DE JUSTIÇA COMO BASE PARA A TOMADA DE DECISÕES
JUDICIAIS

São Leopoldo

2014

GUILHERME DE OLIVEIRA FELDENS

**O SENSO DE JUSTIÇA COMO BASE PARA A TOMADA DE DECISÕES
JUDICIAIS**

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Filosofia,
pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Montenegro Valls

São Leopoldo

2014

Ficha Catalográfica

F312s Feldens, Guilherme de Oliveira.

O senso de justiça como base para a tomada de decisões
judiciais / por Guilherme de Oliveira Feldens. – 2014.
153 f. ; 30cm.

“Orientação: Prof. Dr. Alvaro Montenegro Valls, Ciências
Humanas”.

Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos,
Programa de Pós-Graduação em Filosofia, São Leopoldo, RS,
2014.

1. Filosofia do direito. 2. Decisão judicial. 3. Senso de justiça. 4.
Democracia. I. Valls, Alvaro Montenegro. II. Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. III. Título.

CDU 340.12

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Camila Quaresma Martins - CRB 10/1790

GUILHERME DE OLIVEIRA FELDENS

O SENSO DE JUSTIÇA COMO BASE PARA A TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS

Tese apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Filosofia,
pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia
da Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Aprovado em 11 de Agosto de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alvaro Montenegro Valls (orientador) – UNISINOS

Dr. Denis Coitinho da Silveira (co-orientador) – UNISINOS

Dr. José Nedel – UNISINOS

Dr. Delamar José Volpato Dutra – UFSC

Dr. Luiz Bernardo Leite Araújo – UFRJ

Dedico este trabalho:

Aos meus pais, de maneira especial, por todo o incentivo e esforços dedicados às minhas realizações;

Aos meus irmãos, pelo exemplo e por toda ajuda primordial para a realização de meus objetivos;

À Josiane, pelo carinho e amor;

Aos meus cunhados e aos meus sobrinhos, por toda a torcida e consideração;

Ao meu orientador, professor Dr. Álvaro Valls, pela atenção e dedicação na condução desse trabalho;

Ao professor Dr. Denis Coitinho Silveira, pela ajuda, pela disponibilidade e pelas ótimas discussões em torno das questões dessa tese;

Aos meus colegas professores, por todas as conversas e incentivo nos momentos de dificuldade.

RESUMO

O senso de justiça é um dos elementos essenciais para a criação de uma comunidade justa e democrática nos moldes apresentados em *A theory of justice*. A virada política de Rawls, centrada na análise da estabilidade social e da legitimidade do poder diante a pluralidade de concepções morais presentes nas sociedades atuais, não eliminou totalmente a importância do senso de justiça na justificação pública proposta em *Political liberalism*. Nesse sentido, afirma-se que a moralidade em Rawls tem uma função social, pois visa defender o indivíduo frente à sociedade sem ter a coerção externa como principal fonte de motivação para cumprir seus preceitos. A partir desse quadro, o presente trabalho objetiva demonstrar que Rawls apresenta uma concepção de Direito embasada em princípios de justiça expressos no acordo Constitucional. Rawls garante um modelo de sistema jurídico afastado do positivismo jurídico e do utilitarismo, capaz de garantir um sentido democrático diferente, afastado da mera tentativa de legitimação da autoridade política através de um discurso normativo. Por fim, conclui-se que tal modelo garante uma atividade jurisdicional caracterizada pela responsabilidade de manter os princípios de justiça aceitos por todos os cidadãos no acordo constitucional. Dessa forma, as decisões relativas às questões sociais essenciais não serão influenciadas por interesses de maiorias transitórias, nem pelas concepções morais individuais dos julgadores, respeitando a coerência de um sistema de justiça construído a partir de juízos democráticos.

Palavras-chave: Senso de justiça. Direito. Democracia. Decisão judicial.

ABSTRACT

The sense of justice is one of the essential elements for the creation of a fair and democratic community as presented in *A theory of justice*. Rawls's political shift, focusing on the analysis of social stability and legitimacy of power before the plural moral concepts present in current societies, has not totally eliminated the relevance of the sense of justice in the public justification proposed in *Political liberalism*. In this sense, it is said that morality in Rawls has a social function, once it aims at defending the individual before society without external coercion as a main source of motivation to fulfill its precepts. Based on this picture, the purpose of this study is to show that Rawls presents a concept of Law based on principles of justice expressed in the constitutional settlement. Rawls establishes a model for the legal system distant from legal positivism and utilitarianism, one that is capable of assuring a different democratic sense, distant from the mere attempt to legitimize political authority through a normative discourse. Finally, it is concluded that such model assures a jurisdictional activity characterized by the responsibility to make all citizens in the constitutional settlement accept the justice criteria. Thus, decisions regarding essential social issues shall not be influenced by interests of the transient majorities, nor by the individual moral conceptions of the judges, this way respecting the coherence of a legal system built on democratic judgments.

Key-words: Sense of justice. Law. Democracy. Court decision.

SUMÁRIO\

1 INTRODUÇÃO	7
2 O SENSO DE JUSTIÇA E A COESÃO SOCIAL	13
2.1 A Estabilidade Psicológica e o Senso de Justiça.....	14
2.2 Os Princípios da Psicologia Moral	21
2.3 A Questão da Estabilidade em <i>A theory of justice</i> : A Congruência entre o Justo e o Bem e a Transição para <i>Political liberalism</i>	30
2.4 O Senso de Justiça e Coesão Social	40
3 SENSO DE JUSTIÇA E A SOCIEDADE BEM-ORDENADA: COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA E MORAL.....	49
3.1 A Sociedade Bem-Ordenada e a Estabilidade Institucional e Jurídica	53
3.2 O Problema da Justificação: A Posição Original e o Equilíbrio Reflexivo	59
3.3 A Concepção de Pessoa e a Cooperação Social.....	66
3.4 O Senso de Justiça e a Concepção Modelo de Sociedade Bem-Ordenada	69
4 UMA CONCEPÇÃO DE DIREITO EM JOHN RAWLS: SENSO DE JUSTIÇA, JUSTIFICAÇÃO PÚBLICA E LEGITIMIDADE POLÍTICA	78
4.1 A Concepção de Direito em Liberalismo político (Political Liberalism).....	81
4.2 O Senso de Justiça e a Razão Pública: o papel da Suprema Corte na Efetivação dos Princípios de Justiça.....	95
4.3 O Controle de Constitucionalidade (<i>judicial review</i>) e a Razão Pública.....	103
4.4 Critérios de Aplicação da Razão Pública: Esboço para uma Teoria da Decisão Judicial em John Rawls.....	111
5 O SENSO DE JUSTIÇA COMO BASE PARA UM REGIME CONSTITUCIONAL JUSTO	117
5.1 O Construtivismo Político: uma concepção de objetividade adequada aos propósitos da argumentação jurídica	119
5.2 Rawls e Uma Teoria da Decisão Judicial.....	128
5.3 O Senso de Justiça como base para um Direito legitimado pelos Valores Constitucionais Democráticos.....	136
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	143
REFERÊNCIAS	147

1 INTRODUÇÃO

O problema central do Liberalismo Clássico se configurou na legitimação (ou justificação) do Estado. O pensamento moderno apresentou a constante defesa da inviolabilidade de cada indivíduo e impôs a necessidade de legitimação de todo o sistema social e jurídico perante seus “súditos”. O questionamento referente aos limites da ação estatal fez com que o liberalismo clássico direcionasse sua busca por uma teoria de legitimidade do governo, aspecto que se tornou recorrente no contrato social da primeira tradição moderna, centrada no estabelecimento da autoridade e das obrigações legítimas.

Herdeiro dessa tradição, John Rawls teve o indiscutível mérito de reorientar o pensamento Liberal, trazendo para as discussões contemporâneas as questões referentes à justiça. A proposta de Rawls é propor uma teoria contratualista capaz de construir, não uma teoria referente à legitimidade do governo, mas uma teoria da justiça. Assim, a doutrina contratualista formulada a partir de *A theory of justice* (1971), apresenta um sentido muito particular, pois o seu objeto não é a fundamentação de uma sociedade, como nas teorias clássicas, mas sim, a seleção de princípios de justiça que definam a regulação social. A discussão da justiça é preponderante, pois a legitimidade de uma democracia não elimina possíveis injustiças das decisões para determinados grupos, nem garante estruturas confiáveis sobre a ótica da justiça para questões de distribuição de direitos e deveres.

No “neocontratualismo” rawlsiano, os princípios decorrentes do acordo original hipotético constituem o que ele denomina de justiça com equidade, caracterizada pelo embasamento das regras do “justo” nas instituições, uma vez que seriam estas as intermediadoras entre as pessoas no convívio social. Assim, sua proposta começa pela constituição de um contrato social hipotético, passando para a segunda parte de sua obra, na qual o autor analisa as instituições sociais, definindo como característica da sua concepção de justiça seu endereçamento à estrutura básica da sociedade. Na última parte de *A theory of justice*, o autor apresenta as metas gerais de sua teoria, centrando-a na defesa do surgimento de um interesse solidário dos cidadãos, para que por meio do senso de justiça seja possível recuperar os conceitos fundamentais de justiça, liberdade e solidariedade, esquecidos pelas ideias utilitaristas. Essa análise foi alvo de críticas que definiram as marcas da reformulação teórica feita posteriormente pelo autor, reunidas, na sua maioria, em *Political Liberalism* (1993).

A teoria da justiça como equidade se consolidou como uma referência muito forte para orientar as discussões relativas aos aspectos fundamentais da convivência humana. A

teoria de Rawls demonstrou a relevância do papel institucional dentro de uma sociedade justa, afirmando a importância da construção de princípios morais que garantam que as instituições democráticas não se guiem por interesses estranhos aos da sociedade. O autor propõe um sistema de cooperação que tem como alvo o bem de todos.

Neste trabalho, propõe-se uma reflexão centrada na concepção política de justiça. Através da análise e do desenvolvimento do “senso de justiça” exposto pelo autor, pretende-se, primeiramente, analisar a tarefa de educação realizada pelas instituições sociais, capaz de estimular os cidadãos a verem a si mesmos como livres e iguais, bem como expor e estimular publicamente um ideal de justiça política. Em um segundo momento, parte-se para análise de um ponto crítico da obra do autor: as questões relativas à aplicação do direito e ao papel do Estado na implementação prática dos princípios. Assim, seguindo a perspectiva do senso de justiça e da concepção moral de pessoa apresentada por Rawls, objetiva-se demonstrar a construção de uma teoria geral do Direito marcada fortemente pela autonomia do Direito em relação às doutrinas morais abrangentes razoáveis, garantindo uma ordem jurídica que tem como fundamento material os direitos primários previstos na Constituição.

Nesse caminho, pretende-se defender que o senso de justiça mantém sua importância no pensamento do filósofo norte-americano, mesmo com a virada política proposta pelo autor e todas as alterações feitas em sua obra em relação à questão da estabilidade social da teoria da justiça como equidade. Pretende-se demonstrar que Rawls não impôs uma mudança tão brusca entre *A theory of justice* e *Political liberalism*. Não há uma ruptura tão clara a ponto de se defender um primeiro e um segundo Rawls como fazem muitos comentadores, pois a condição de os cidadãos agirem com reciprocidade quando estiverem sobre a regulação de instituições justas em uma sociedade bem-ordenada, apresentada primeiramente na terceira parte de *A theory of justice*, na questão da congruência entre o bem e o justo, permanece desempenhando um papel importante no embasamento do consenso sobreposto em *Political Liberalism*.

Mais do que isso, o presente trabalho tem por fim defender que essa continuidade possibilita que o senso de justiça embase uma teoria da decisão em John Rawls capaz não só de garantir a coerência e integridade do sistema, como também respeitar a concepção livre e moral de pessoa. Essa proposta será capaz de evidenciar que nenhum órgão do Estado pode se valer do Direito para praticar um discurso incompatível com a realidade social, nem que se apele para concepções morais abrangentes dos julgadores. Por meio disso, pode-se evidenciar que a teoria de John Rawls é capaz, acima de tudo, de garantir um mundo propício ao bem humano, fazendo com que a estrutura básica da sociedade orientada pelos princípios de justiça

gere um efeito positivo sobre a formação moral de seus cidadãos e garanta o respeito a preceitos democráticos fundamentais.

A necessidade de estudar os fundamentos filosóficos da atuação jurisdicional é importante em dois sentidos. Primeiro, é fundamental na própria justificação da teoria da justiça como equidade de Rawls, já que sua teoria, centrada fortemente na legitimação de uma organização social capaz de garantir a estabilidade e a justiça de uma sociedade marcada por profundas diferenças pessoais, necessita definir padrões claros de atuação do Poder Judiciário sem ferir os preceitos fundamentais de uma democracia constitucional. Nesse sentido, será possível verificar que Rawls embasa uma concepção de Direito intimamente ligada com valores de uma cultura democrática pública, vinculando seu conteúdo aos princípios fundamentais acordados na Constituição definida livremente pelos cidadãos.

Em segundo lugar, é fundamental diante da atual conjuntura jurídica e política, caracterizada pelo grande destaque dado à atuação do Poder Judiciário na consolidação de direitos. Esse cenário fez com que parcela considerável de intelectuais fundamentassem a atuação jurisdicional na perspectiva de um ativismo judicial e de uma judicialização da política, abrindo campo para subjetivismos e discricionariedades nas decisões dos tribunais superiores. Assim, a teoria de Rawls ganha importância por definir o subjetivismo e a discricionariedade como prerrogativas incompatíveis com o atual estágio da democracia, impondo, de um lado, limites claros para a atuação das Cortes Superiores, bem como uma teoria crítica da argumentação jurídica capaz de manter a coerência e a justiça dos julgamentos.

Na presente tese, portanto, visa se defender a importância de Rawls para o tratamento de uma questão democrática tão fundamental. Dessa forma, destacar-se-ão as singularidades do pensamento do autor diante das teorias políticas e jurídicas surgidas nos Estados Unidos que direcionam seus estudos ao papel da Suprema Corte em um contexto democrático, visando criticar o esquecimento e as poucas referências ao pensamento do autor quando se discutem essas questões, já que suas ideias reafirmam o compromisso dos tribunais com a coerência e integridade do ordenamento jurídico.

É justamente quanto a estes aspectos que a questão do senso de justiça apresentado por Rawls pode contribuir de maneira decisiva para questão. O senso de justiça, ao permanecer como um elemento importante da concepção política de justiça, continua tendo um papel importante no construtivismo político rawlsiano e, conseqüentemente, na concepção de objetividade apresentada em *Political liberalism*, independente de qualquer fundamentação metafísica, e capaz de possibilitar a construção de uma base para decisões objetivas que

independem das crenças e preferências de quem quer que esteja envolvido no processo de argumentação jurídica. Nesse contexto, o procedimento construtivista faz com que as faculdades de reflexão e de julgamento sejam desenvolvidas em consonância com a cultura pública comum, garantindo um suporte argumentativo fundamental não somente para as questões políticas, mas jurídicas também.

Diante do exposto, o objetivo da presente tese é propor que Rawls, ao fazer uso de uma epistemologia moral coerentista holística na sua fundamentação do Direito, através da utilização do procedimento do equilíbrio reflexivo, vincula os juízos morais particulares com os princípios morais concretizados na convenção constitucional. Assim sendo, a utilização desse instrumento como critério de legitimação jurídica afasta a teoria de Rawls do positivismo jurídico e do utilitarismo, garantindo um critério para a tomada de decisões judiciais capaz de impor aos julgadores uma responsabilidade política perante a sociedade, obrigando-os a direcionar sua atuação de acordo com os princípios políticos de justiça adotados pelos cidadãos.

Por fim, pretende-se confirmar que essa perspectiva relativa à função do Poder Judiciário tem relação direta com o papel do senso de justiça no pensamento político de John Rawls, capaz de construir uma cooperação social fundada no respeito mútuo e no benefício de todos. Pretende-se demonstrar a contribuição significativa do pensamento rawlsiano por meio da conjunção do aspecto subjetivo da justiça (virtude moral dos cidadãos) com o aspecto objetivo (princípio de ordem social), presente na articulação existente entre os princípios gerais de justiça e o senso de justiça. Essa perspectiva é responsável por uma ordem democrática capaz de conjugar o espaço público com autonomia individual, legitimando os atos de poder do Estado. Além disso, afasta-se a acusação de que Rawl limita a ordem legal à priorização da liberdade moderna, impondo obstáculos à legitimação democrática, pois as liberdades da autonomia pública e da autonomia privada se relacionam conjuntamente no primeiro princípio de justiça (materializado em uma Constituição), pelo enraizamento comum nas duas faculdades morais (capacidade de um senso de justiça e capacidade de definir uma concepção de bem). Rawls não prioriza a proteção jurídica da esfera privada sobre as liberdades políticas, pois a ordem legal que emerge de sua teoria é validada pela marca da democracia.

Para determinar a plausibilidade de tais argumentos, parte-se, no primeiro capítulo, da análise centrada no senso de justiça. Esse senso permite aos cidadãos entender e aplicar os princípios de justiça e agir de acordo com seus deveres e obrigações, confirmando e defendendo os termos equitativos de cooperação social. O estudo desenvolvido nesse capítulo

é essencial para a compreensão e defesa da presente tese, pois analisa o conceito de sociedade bem-ordenada e de desenvolvimento psicológica como elementos essenciais para a criação de uma comunidade justa e democrática que toma suas decisões institucionais ligada diretamente aos envolvidos. Pretende-se também verificar o tratamento que Rawls dá a questão da congruência entre o justo e o bem, pois tal questão é fundamental para ligar a proposta inicial do trabalho com os próximos capítulos. Como principais referências estão o capítulo VII e capítulo VIII de *A Theory of justice* e as principais obras de Jean Piaget relativas ao desenvolvimento moral.

No segundo capítulo, a partir do estudo da questão da estabilidade e da aquisição de um senso de justiça pelos membros de uma sociedade bem-ordenada, se avaliará a virada política de Rawls, centrando a análise na questão da estabilidade social e legitimidade do poder propostas na concepção política de justiça. Nesse sentido, caberá verificar todos os conceitos que cercam a estrutura básica da sociedade bem-ordenada, bem como a natureza profunda e penetrante de seus efeitos sociais e psicológicos. A partir disso, será possível afirmar que a moralidade em Rawls tem uma função social, pois visa defender o indivíduo frente à sociedade sem ter a coerção externa como principal fonte de motivação para cumprir seus preceitos. Para o autor, é a forma como a sociedade escolhe resolver seus conflitos que faz com que ela seja considerada justa ou não. A confiança que os cidadãos depositam nas instituições sociais por acreditar no funcionamento da justiça é o elemento essencial para a boa ordenação social. O estudo desse capítulo terá como principal referencial teórico a obra do próprio John Rawls, além de seus principais comentadores e interlocutores.

No terceiro capítulo é dado destaque à questão do papel do senso de justiça no embasamento de uma concepção de Direito na teoria da justiça como equidade. Assim, será analisada a ideia de razão pública, visando caracterizar uma teoria geral do Direito na obra do autor. O primeiro objetivo é verificar a sequência em quatro etapas que define a aplicação dos princípios às instituições sociais proposta em *A theory of justice*. Depois, a concepção política de justiça apresentada em *Political liberalism*, destacando o processo de escolha por parte dos cidadãos de uma constituição que determine um sistema que contenha a estrutura do poder político e dos direitos fundamentais. Essa questão ganha destaque para fundamentar a teoria da decisão judicial defendida na presente tese, pois evidencia que os princípios de justiça devem estar presentes no sistema jurídico, evitando a influência de interesses privados. A última etapa, na qual o véu de ignorância se encontra completamente extinto, e que trata da aplicação das regras aos casos concretos realizada pelos juízes e autoridades administrativas complementa tal análise. Isso expõe a tentativa de Rawls em conceber um sistema social de

maneira que ele garanta um resultado justo, regularizando o processo social por instituições jurídicas adequadas. Esse capítulo será concluído com a análise do importante papel dado por Rawls à Suprema Corte de Justiça, como principal expressão da razão pública em um regime democrático, já que é nela que se discutem e se defendem os elementos constitucionais anteriormente expostos. Através dessa perspectiva, busca-se atingir uma teoria da decisão judicial no pensamento de John Rawls, tendo como apoio as obras de Ronald Dworkin.

Por fim, no quarto capítulo será defendida a tese de que não só é possível chegar a uma teoria da decisão judicial no pensamento de John Rawls, como tal ideia é fundamental para a garantia de determinação da Constituição democrática como a principal expressão da lei suprema do ideal político de um povo; impondo a sua vinculação necessária como responsabilidade fundamental do poder judiciário. Rawls garante o afastamento dos juízos decisórios da influência de valores morais abrangentes e de juízos intuitivos, garantindo a autonomia do ordenamento jurídico. Dessa forma, a decisão de questões essenciais para a sociedade não será influenciada por interesses de maiorias transitórias, nem das posições individuais dos julgadores, respeitando a integridade e coerência de princípios construídos dentro de uma tradição histórica.

Será demonstrado nesse capítulo que Rawls não neutraliza a dimensão ética na esfera pública, debilitando o princípio democrático. A valorização dos julgamentos ponderados não limita sua teoria à tentativa de imposição de obrigações éticas à convivência política. Ao contrário, esses julgamentos permitem dar à democracia um sentido diferente, afastado da mera tentativa de legitimação da autoridade política através de um discurso normativo. O papel do senso de justiça na construção de um modelo jurídico ordenado não permite que a democracia se torne uma mera coleção de desejos individuais, mas sim um sistema geral de responsabilidade moral perante os elementos constitucionais fundamentais.

É importante salientar que as citações das principais obras de Rawls são feitas em português, de acordo com as edições da Martins Fontes. As referências às três obras mais importantes de Rawls são feitas designando primeiramente a localização na obra traduzida e, após, a localização na obra em língua inglesa. A tradução dos demais textos extraídos de obras em língua estrangeira são de responsabilidade do autor.

2 O SENSO DE JUSTIÇA E A COESÃO SOCIAL

O senso de justiça partilhado entre todos os membros da sociedade tem uma função fundamental na manutenção e na estabilidade de uma sociedade democrática para John Rawls. Os sentimentos morais inerentes à pessoa são extremamente necessários para a justiça social. Para explicar o surgimento e o fortalecimento do senso de justiça em sociedade, Rawls se fundamenta na tradição da aprendizagem moral derivada do pensamento racionalista, ilustrada principalmente por Rousseau, Kant e Piaget. (RAWLS, 1999a, p. 402).

Segundo Rawls, a tradição racionalista baseia a aprendizagem moral no livre desenvolvimento de capacidades inatas, que quando estabelecidas faz com que as pessoas reconheçam seu lugar na sociedade e respeitem os termos equitativos de cooperação social. (RAWLS, 1999a, p. 402). Ela considera os sentimentos morais como uma consequência natural de valorização de nossa natureza social¹. Nesse contexto, atender aos princípios de justiça em nossas relações sociais não vai contra nenhuma perspectiva natural, mas, ao contrário, implementa uma sensibilidade social em todos os membros da sociedade. Cabe, então, apenas determinar o curso do desenvolvimento moral em uma sociedade bem-ordenada orientada pelos princípios de justiça. É fundamental indicar os principais fatores que levariam uma pessoa a adquirir o entendimento dos princípios de justiça e o seu constante reforço durante sua convivência em uma sociedade justa.

O senso de justiça é adquirido e reforçado pelos cidadãos de acordo com o desenvolvimento pessoal, já que, desde a infância até a vida social adulta, se deparam com situações que exigem um posicionamento moral. O desenvolvimento da moralidade é descrito por Rawls através de três leis psicológicas, conforme fases distintas da vida social. Assim, apresenta uma (1) “fase infantil”, na qual os filhos, diante da autoridade dos pais, são influenciados por uma moral superior heterônoma, (2) uma fase própria do convívio social, ocasionada pela ocupação de diversos cargos e funções e pela participação na cooperação social e, por fim, (3) a última fase do desenvolvimento moral, que fundamenta o desejo de ser uma pessoa justa e assumir responsabilidades sociais coerentes com uma sociedade justa. A comprovação desse desenvolvimento moral oferece uma perspectiva ampla da sociabilidade dos cidadãos, fundamentada no fato de que o acordo original não é fruto de uma ordem moral

¹ Segundo o autor (Rawls, 2008, p. 569; 1999a, p. 404), “temos uma simpatia natural com as outras pessoas, e uma suscetibilidade inata para os prazeres proporcionados pelo sentimento de companheirismo e pelo autodomínio, que fornecem uma base afetiva para os sentimentos morais, uma vez que sejamos capazes de ter um entendimento claro de nossas relações com nossos consócios, de uma perspectiva adequadamente geral”.

anterior independente, mas da adoção da mesma perspectiva social determinante de cada um dos participantes do acordo.

O objetivo de Rawls é esboçar o curso que tem de seguir o desenvolvimento moral que melhor se adapte à concepção de justiça como equidade. Rawls, admitindo sua dívida com Piaget e Kohlberg, elabora uma descrição global do desenvolvimento moral que mostra que a sua teoria de justiça é superior. Essa análise, segundo o próprio autor, é central, pois demonstra o caráter educativo moral da teoria da justiça como equidade. Uma sociedade fundamentada na justiça não só será estável, mas também influenciará diretamente a formação moral de seus cidadãos. A escolha e a defesa dos princípios de justiça, portanto, abrange acima de tudo a forma de convivência escolhida por uma sociedade. Está em questão a forma de tratamento que será dada a cada cidadão, bem como o estabelecimento de uma cooperação social fundada na solidariedade e no respeito mútuo.

Além de ressaltar a gênese social do indivíduo, as ideias de Rawls salientam uma proposta de sociabilidade fundada no respeito mútuo e no benefício de todos, estimulando um caráter social e o desenvolvimento de virtudes cívicas, morais e políticas que afastam muitas críticas impostas comumente à teoria de justiça como equidade.

2.1 A Estabilidade Psicológica e o Senso de Justiça

O primeiro estágio do desenvolvimento moral é chamado por Rawls de “moralidade de autoridade”. (RAWLS, 1999a, 405). Ele é ligado diretamente às crianças, pois o autor parte da ideia de que o senso de justiça é adquirido e desenvolvido gradualmente pelos membros mais jovens da sociedade, sendo fundamental ensinar às crianças atitudes morais. John Rawls considera que a instituição familiar faz parte da estrutura básica da sociedade. (RAWLS, 1999a, 405). Dessa forma, os mais jovens estão sujeito, em um primeiro momento, à autoridade legítima dos pais e sem condições de avaliar ou questionar os preceitos impostos pela autoridade. Os pais, através de exemplos bem fundados, passam para os filhos regras de cunho moral.

Segundo o filósofo norte-americano, as regras e condutas internas de uma família são refletidas na sociedade, por isso, a importância dessa fase inicial no desenvolvimento da moralidade. Rawls, então, fundamenta essa etapa na lei psicológica de que “a criança vem a amar seus pais apenas se estes manifestam primeiro o seu amor”. (RAWLS, 1999a, p. 405). Esse sentimento é fomentado pelo seu reconhecimento do amor evidente que os pais lhe

dedicam e pelos benefícios produzidos dessa relação². O amor dos pais pela criança dá origem ao amor dela por eles, e esse vínculo não tem uma explicação instrumental racional: é inconsciente e instintivo. Quando a criança reconhece as intenções evidentes de seus pais fica segura de seu valor como pessoa e passa a confiar neles e em todo o mundo que a rodeia. (RAWLS, 1999a, p. 406).

Dentro desse contexto, por um lado, a criança tenderá a aceitar e respeitar as injunções e preceitos dos seus pais sem criticá-los e, por outro lado, os seus desejos podem exceder o limite do permitido, fazendo com que essas normas e preceitos sejam sentidas como uma restrição e proibição arbitrária. (RAWLS, 1999a, p. 407). Porém, se há uma relação de amor e confiança, a criança estará inclinada a buscar uma reconciliação diante de suas transgressões, manifestando seu sentimento de culpa relativo à autoridade. A ideia básica aqui vem de Rousseau, que afirma que a criança, a partir do amor-próprio (*amour de soi*), instintivamente se apega ao que contribui para a sua preservação. (FREEMAN, 2007a, p. 256). Essa intenção evidente em “ajudar” dos pais transforma a afeição instintiva em confiança.

Há, portanto, certas condições seguidas pelos pais que restringem impulsos instintivos na criança, fazendo com que elas aceitem o poder paternal e limitem suas vontades imediatas e não razoáveis. Essas condições, segundo Rawls, são, em primeiro lugar, o fato de que os pais devem amar a criança, e ser objetos dignos de sua admiração, despertando nela um senso de seu próprio valor e o desejo de tornar-se o tipo de pessoa que eles são. (RAWLS, 1999a, p. 408). Em segundo lugar, devem enunciar regras inteligíveis, claras e justificáveis, adaptadas ao nível de compreensão da criança. Além disso, devem motivar essas injunções e segui-las quando a eles se aplicar. Por fim, devem exemplificar a moralidade imposta, tornando explícito seus princípios, para que a criança saiba aplicá-la aos casos particulares. (RAWLS, 1999a, 408). O desenvolvimento moral não ocorrerá quando faltar essas condições³.

A moralidade de autoridade, apesar de ser primitiva no sentido de apenas abranger certas normas, sem a compreensão do sistema amplo de justiça que justificam a sua

² Segundo Rawls (2008, p. 572; 1999a, p. 406), “o amor dos pais pela criança é expresso na sua intenção evidente de cuidar dela, fazer por ela o que seu amor próprio racional suscitaria, e na realização dessas intenções. O amor dos pais se expressa pelo prazer na presença da criança e pelo apoio a sua noção de competência e autoestima. Eles incentivam o esforço das crianças para dar conta dos desafios do crescimento e a encorajam a assumir seu próprio lugar. Em geral, amar não significa apenas preocupar-se com seus desejos e necessidades, porém afirmar sua noção do valor de si próprio”.

³ Para Rawls (2008, p. 575; 1999a, p. 408), “a aceitação da moralidade de autoridade pela criança consiste em ela estar disposta, sem a perspectiva de recompensa ou punição, a seguir certos preceitos que, além de lhe parecerem em grande medida arbitrários, também não apelam a suas inclinações originais. A criança adquire a disposição de acatar essas proibições porque as vê dirigidas a ela por pessoas poderosas, que têm seu amor e confiança, e que também agem em conformidade com elas [...] Na ausência do afeto e orientação, por exemplo, nenhum desses processos tem possibilidade de acontecer e, com certeza, não acontece em relações destituídas de amor e mantidas por ameaças e represálias repressoras”.

imposição, está subordinada aos princípios de justiça, pois é com o exemplo moral dos pais que as crianças entendem as regras morais temporariamente, criando as possibilidades de estendê-las para a vida social. (FREEMAN, 2007a, p. 256). Apesar de essa fase de moralidade ter apenas um papel restrito na organização social geral e ainda não haver o desenvolvimento moral autônomo das crianças submetidas a ela, já há o surgimento de elementos fundamentais para o surgimento da justiça social⁴.

Para Rawls, a confiança que a criança deposita nos pais, no período em que estava sob a tutela desses, é expandida para a vida em sociedade, pois espera-se encontrar em sociedade a mesma relação de segurança e justiça que havia nas determinações e regras familiares. Apesar de não compreender totalmente a imposição de proibições aos seus desejos, a criança, com base no amor e respeito dos pais, entende que os limites são impostos para seu próprio bem. Essa expectativa será estendida para a vida social, determinando uma exigência de respeito e tratamento justo à nossas expectativas e projetos de vida. Apesar de a moralidade de autoridade surgir da carência de compreensão e capacidade crítica das crianças e ser, conseqüentemente, temporal, ela deve estar subordinada aos princípios de direito e de justiça mediante o esquema de normas que tratam de impor seus pais. (RAWLS, 1999a, p. 409).

O segundo estágio do desenvolvimento moral é chamado por Rawls de moralidade de grupo. (RAWLS, 1999a, p. 409). Nessa etapa, contempla-se o indivíduo em suas relações sociais, fora do âmbito reduzido da família. Se o estágio anterior caracterizava o conteúdo da moralidade como num conjunto de preceitos ditados por uma autoridade superior, nesse momento, o conteúdo da moralidade é estabelecido conforme os padrões morais adequados ao papel do indivíduo nas várias associações às quais pertence. (RAWLS, 1999a, p. 409). Esses padrões incluem regras ditadas pelo senso comum que são “absorvidas” pelo indivíduo de acordo com a aprovação ou desaprovação da autoridade ou dos outros membros do grupo.

Assim, os mais diversos grupos sociais impõem ideais de conduta para o indivíduo, exigindo que ele tenha certos direitos e deveres para exercer determinada posição e aprenda os padrões de conduta adequados a ela. O entendimento moral aumenta conforme as posições

⁴ Segundo Freeman (2007a, p. 256), “é importante não confundir esta moral com uma moral punitiva que é baseada em ameaças coercitivas e medo de represálias (pelos pais, de Deus etc.) Essencial para a moralidade de autoridade é o amor, a confiança mútua, e o desenvolvimento do sentido de autorespeito da criança. A partir desses sentimentos a criança adquire respeito por seus tutores, que são manifestamente preocupados com o bem da criança. É este tipo específico de respeito pela autoridade, não medo de represálias, que é a principal motivação que leva a criança a agir em conformidade com os preceitos morais”.

sociais ocupadas no decorrer da vida em sociedade, o que resulta na compreensão dos objetivos do grupo e em uma concepção ampla da cooperação social⁵.

Essa compreensão da cooperação torna claro a existência de deveres e posições diferentes em um sistema de cooperação, capaz de fazer com que o cidadão aprenda a adotar a perspectiva dos outros, percebendo seus objetivos e necessidades diferentes, o que torna possível regular a sua própria conduta de acordo com as necessidades do outro. (RAWLS, 1999a, p. 411). Os ideais da moralidade de grupo exigem, portanto, a consideração da justiça e da moral a partir de uma multiplicidade de perspectivas condizente com o pluralismo característico das sociedades democráticas⁶.

Para Rawls, os indivíduos, ao integrar determinado grupo, estabelecem laços de amizade e companheirismo, de acordo com a primeira lei psicológica. Assim, na medida em que seus companheiros cumprem seus deveres e obrigações, ocorre o desenvolvimento de sentimentos de confiança (segunda lei psicológica). Os indivíduos, então, ao entrar no grupo, adquirem esses laços de confiança ao observar que os consócios mais antigos fazem a sua parte e correspondem ao ideal de sua posição. (RAWLS, Rawls, 1999a, p. 412). Depois de estabelecida essa condição de confiança entre os membros do grupo, uma pessoa tende a ter sentimentos de culpa quando não cumpre seu papel ou decepciona o restante do grupo. (RAWLS, 1999a, p. 411).

Todos os participantes do grupo compartilham o sentimento de segurança que o princípio de justiça está servindo de fundamento e de garantia em benefício de todos. As normas reguladoras do grupo e os acordos estabelecidos entre os membros devem ser justos, garantindo que todos os membros se beneficiem de suas atividades. Com o passar do tempo, os efeitos da vantagem recíproca faz com que seja atingido um equilíbrio. A importância do desenvolvimento da moralidade de grupo, para Rawls, está no fato de que, quando os ideais morais pertencentes às várias funções de uma associação justa são cumpridos, tendem a ser adotados por aqueles que testemunham seu cumprimento. (RAWLS, 1999a, p. 413). Dessa

⁵ Para Freeman (2007a, p. 258), “vale ressaltar que Hegel e seus seguidores comunitaristas veem algo muito parecido com a moralidade de associação como o ideal para a moralidade política. O que impede Rawls de adotar esta posição é que ele não concebe a sociedade como uma associação, voluntária ou não voluntária, guiada por um propósito definido que é separado e à parte das normas que a regulamentam. A sociedade é sim uma espécie de associação de associações (ou melhor, uma união de associações), na qual o papel de cada um não é definido por seus fins particulares e associações, mas por sua posição como cidadãos iguais”.

⁶ Segundo Rawls (2008, p. 579; 1999a, p. 411), esse procedimento é fácil para os adultos, pelo menos num certo grau mínimo, mas é difícil para as crianças: “a criança ainda não domina a arte de perceber a pessoa de outros, ou seja, a arte de discernir suas convicções, suas intenções e seus sentimentos, de forma que uma percepção dessas coisas não pode informar sua interpretação do comportamento alheio [...] Não é de surpreender, portanto, que esses elementos, tão importantes do ponto de vista moral plenamente constituído, não entrem na análise do primeiro estágio. Mas essa ausência é, pouco a pouco, superada, quando presumimos uma sucessão de papéis mais exigentes, com seus sistemas mais complexos de direitos e deveres”.

maneira, os princípios de justiça, aplicados ao papel de cidadão assumido por todos, evidenciam uma moralidade de grupo na qual os membros da sociedade se consideram como livres e iguais, reunidos em um sistema de cooperação benéfico a todos. (RAWLS, 1999a, p. 413). E o conteúdo dessa moralidade será caracterizado por virtudes como a justiça, equidade, confiança e solidariedade.

O terceiro estágio do desenvolvimento da moral é a moralidade de princípios. Segundo Rawls, alguém que atinge as formas mais complexas da moralidade de grupo, adquire um entendimento dos princípios de justiça. (RAWLS, 1999a, p. 414). Essa moralidade surge, portanto, quando os padrões morais estabelecidos no estágio anterior se expandem para a vida pública. Os indivíduos passam a ter o domínio desses princípios, entendendo profundamente os valores que eles garantem e o modo como eles beneficiam a todos. Em uma sociedade bem-ordenada, esses padrões não só definirão uma concepção pública de justiça, como estimularão também os cidadãos para as relações políticas. (RAWLS, 1999a, p. 414).

A aceitação dos princípios ocorre, então, de acordo com uma terceira lei psicológica que, segundo Rawls (2008, p. 584; 1999a, 414-415), afirma que

quando as atitudes de amor e confiança, e de amizade e confiança mútua, são geradas de acordo com as duas leis psicológicas anteriores, o reconhecimento de que nós e aqueles com quem nos preocupamos somos beneficiários de uma instituição consagrada e duradoura tende a engendrar em nós o correspondente senso de justiça. Surge em nós o desejo de aplicar os princípios da justiça e de agir segundo eles, quando percebemos como as instituições sociais que a eles atendem promoveram o nosso bem e o bem daqueles com quem nos associamos.

Esses sentimentos descritos nos estágios anteriores fazem com que o corpo de cidadãos como um todo se una através da aceitação de princípios públicos de justiça. As consequências sociais que devem ser analisadas não estão mais ligadas às identificações pessoais de família ou de grupo social, mas dependem unicamente da ideia de justiça. Ao mesmo tempo, fomenta uma disposição constante em estabelecer instituições justas (RAWLS, 1999a, p. 415). Assim, a moralidade de princípios é alcançada a partir de instituições justas e, ao ser atingida, as atitudes morais deixam de estar ligadas apenas ao bem-estar e avaliação de grupos específicos para serem determinadas por uma concepção de justiça escolhida independentemente dessas contingências.

Encontra-se na teoria de Rawls uma circularidade: o desenvolvimento de um senso de justiça depende de instituições justas, mas para haver o estabelecimento e a defesa de instituições justas é necessário o senso de justiça inerente à concepção de pessoa. Porém, agir de acordo com o senso de justiça não é obedecer arbitrariamente a princípios institucionais,

mas sim obedecer a princípios morais mais abrangentes, ligados ao amor pela humanidade e pela noção de um civismo amplo. Assim, a ausência de instituições justas não significa o não desenvolvimento do senso de justiça, mas, pelo contrário, fortalece o seu desenvolvimento, pois resultados institucionais que prejudiquem a cooperação e o benefício mútuo dará origem a sentimentos de mudanças em prol de uma sociedade justa para todos⁷. Nota-se que as qualidades e justificativas das outras fases de desenvolvimento moral recebem a sua explicação e justificativa na amplitude da moralidade de princípios.

Rawls também procura deixar clara as diferenças entre sentimento moral (*moral sentiments*), emoção e sensações (*feelings*) morais. O autor utiliza a expressão sensações morais (*feelings*) e emoção moral para designar sentimentos e emoções que experimentamos em ocasiões determinadas, como culpa e indignação. Para possuir tais sensações é suficiente que a pessoa sinceramente diga que sente vergonha e culpa e esteja preparada para dar uma explicação apropriada de como se sente. (ALTABLE, 1994, p. 135). Por outro lado, os sentimentos morais (*moral sentiments*) são caracterizados pelo fato de que a explicação que as pessoas utilizam para essas sensações invoca uma concepção moral e seus princípios.

Porém, o fato de o sentimento moral (*moral sentiment*) não se confundir com determinadas sensações e emoções não significa que não há nenhuma relação entre atitudes morais e atitudes naturais. (RAWLS, 1999a, p. 425). O desenvolvimento moral, como foi mostrado, evidencia o papel fundamental que a afeição por pessoas próximas exerce. Rawls deixa claro que o sentimento moral (*moral sentiment*) e as atitudes naturais coincidem de tal maneira que a ausência de certos sentimentos morais evidencia a ausência de certos laços naturais. (RAWLS, 1999a, p. 426). O autor vai ainda além, afirmando que a presença de certos vínculos naturais originam uma tendência a certas emoções morais⁸.

Rawls deixa claro, portanto, que certas atitudes naturais estarão presentes quando alguém experimentar um sentimento moral. Nos estágios do desenvolvimento moral, as atitudes naturais de amor, amizade ou confiança fazem surgir sensações de culpa ao não cumprimento do esperado pelos familiares, pelo grupo ou pela sociedade. Os sentimentos

⁷ Conforme expõe Rawls (2008, p. 589; 1999a, p. 418), “uma sociedade perfeitamente justa deve fazer parte de um ideal que os seres humanos racionais poderiam desejar mais do que qualquer outra coisa, uma vez que tivessem pleno conhecimento e experiência do que ele é. O teor dos princípios da justiça, o modo como são deduzidos e os estágios do desenvolvimento moral demonstram como tal interpretação é possível na justiça como equidade”.

⁸ Segundo Rawls (2008, p. 601; 1999a, p. 426), “os sentimentos morais (*moral sentiments*) são, em alguns aspectos, mais complexos. Em sua forma completa, pressupõem um entendimento e uma aceitação de certos princípios, além de uma habilidade de julgar de acordo com eles. Mas admitindo-se esses fatos, a inclinação para os sentimentos morais parece fazer parte dos sentimentos naturais (*natural sentiments*) tanto quanto a tendência a sentir-se alegre, ou triste”.

morais (*moral sentiments*) são uma característica comum da vida humana, não podendo ser eliminados sem, ao mesmo tempo, eliminar atitudes naturais. (RAWLS, 1999a, p. 426).

O senso de justiça é um sentimento moral que faz com que as pessoas busquem um padrão de justiça capaz de regular a sociedade e garantir que todos se comportem, pelo menos, no grau mínimo que a justiça exige. Assim, Rawls (2008, p. 603; 1999a, p. 428) expõe que

a pessoa a quem falta o senso de justiça, e que jamais agiria como requer a justiça, a não ser por interesse próprio e conveniência, além de não ter laços de amizade, afeto e confiança mútua, também é incapaz de sentir ressentimento e indignação. A ela faltam certas atitudes naturais e sentimentos morais de um tipo especialmente elementar. Em outras palavras, aqueles a quem falta o senso de justiça também faltam certas disposições e capacidades fundamentais contidas na ideia de humanidade.

Os sentimentos morais são uma parte normal da vida humana. (RAWLS, 1999a, p. 428). Eles são um prolongamento das atitudes morais, já que a solidariedade inclui princípios de justiça como fatores necessários para sua definição. Além disso, a adequação dos sentimentos morais à natureza humana é determinada pelos princípios aceitos na posição original, que regulam a educação moral, a expressão de aprovação moral e o regramento da estrutura básica da sociedade. (RAWLS, 1999a, p. 428).

Conforme exposto por Altable (1994, p. 136)

o desenvolvimento dos sentimentos morais pressupõe a existência dos princípios de justiça. Isso mostra claramente a existência de dois tipos de moralidade em Rawls: uma prévia ao pacto que se determina na posição original, como uma capacidade e dimensão da pessoa; e outra posterior ao pacto, que se concretiza em uma concepção pública de justiça viável em uma sociedade bem ordenada e que determina em cada indivíduo alguns sentimentos morais condizentes a essa concepção pública.

O desenvolvimento moral correto só pode ser realizado em uma sociedade ordenada de acordo com os princípios de justiça (RAWLS, 1999A, p. 428). Isso demonstra que Rawls defende que a reciprocidade é constitutiva da natureza humana, sendo um fato psicológico constitutivo da sociabilidade humana, que dá conta das relações entre pessoas iguais, dadas as circunstâncias nas quais surgem os problemas de justiça (RAWLS, 1999a, p. 429). O senso de justiça dos cidadãos, para Rawls, seria uma competência moral, configurando uma estrutura cognitiva capaz de influenciar o

comportamento⁹. Diante disso, é necessário analisar as bases psicológicas que sustentam a justiça como equidade, encontradas na teoria de Jean Piaget e Lawrence Kohlberg.

2.2 Os Princípios da Psicologia Moral

A questão do desenvolvimento moral e as três leis psicológicas formuladas por Rawls são aspectos fundamentais da teoria da justiça como equidade constantemente negligenciados por críticos e comentadores do filósofo norte-americano. Essas ideias fazem com que a aplicação dos princípios de justiça não seja uma mera questão de legitimação das instituições sociais, mas expõe a necessidade de que o comportamento da estrutura básica da sociedade tenha uma fundamentação moral. (ALTABLE, 1994, p. 135).

A descrição das três leis psicológicas demonstram a função social que a moralidade desempenha na concepção de justiça como equidade. Rawls as descreve da seguinte maneira (RAWLS, 2008, p. 605; 1999a, p. 429):

Primeira lei: dado que os pais expressam seu amor preocupando-se com o bem da criança, esta, por sua vez, reconhecendo o amor patente que eles têm por ela, vem a amá-los.

Segunda lei: dado que a capacidade de solidariedade da pessoa se constitui por meio de vínculos adquiridos de acordo com a primeira lei, e dado um arranjo social justo e publicamente conhecido por todos como justo, então essa pessoa cria laços amistosos e de confiança com outros membros da associação, quando estes, com intenção evidente, cumprem com seus deveres e obrigações, e vivem segundo os ideais de sua posição.

Terceira lei: dado que a capacidade de solidariedade da pessoa foi constituída por meio da criação de laços em conformidade com as duas primeiras leis, e já que as instituições da sociedade são justas e publicamente conhecidas por todos como justas, então essa pessoa adquire o senso de justiça correspondente ao reconhecer que ela e aquelas com quem se preocupa são beneficiárias desses arranjos.

O desenvolvimento moral estabelecido por essas leis ocorre em etapas ligadas ao surgimento do conhecimento, no qual os membros mais jovens da sociedade vão aperfeiçoando seu senso de justiça conforme vão crescendo¹⁰. A sucessão de gerações e a

⁹ Segundo Mikhail (2011, p. 18), “um modo informal de representar a diferença entre competência e performance é através da distinção entre conhecimento e comportamento [...]. Competência linguística, nos termos de Chomsky, exprime o conhecimento pessoal de sua linguagem; performance linguística se refere a como, em situações reais, seu conhecimento sobre a linguagem é usado. É incontroverso que o comportamento linguístico atual do orador é afetado por outras coisas além de sua competência interior: sua estrutura de memória, modo de organizar experiências, mecanismos de percepção e [...] ampla gama de fatores adicionais. A competência linguística, então, é pressuposta, mas sendo apenas um fator de contribuição, pela performance atual ou uso da linguagem”.

¹⁰ De acordo com Rawls (2008, p. 611; 1999a, p. 434), “é preciso elaborar uma concepção do mundo social e do que é justo ou injusto para se adquirir um sentimento (*sentiment*) de justiça. As intenções manifestas das outras pessoas são reconhecidas contra o pano de fundo de instituições públicas tal como interpretadas pela visão que se tem do próprio eu e de sua situação”.

necessidade de a criança tomar atitudes morais é uma condição natural humana, que, nas leis psicológicas, trazem como pano de fundo um contexto institucional justo e o reconhecimento público dele por todos os membros (RAWLS, 1999a, p. 430). Dessa forma, a justiça ou a injustiça desses núcleos sociais influenciam profundamente os sentimentos sociais¹¹.

As três leis também não são meros princípios de associação ou reforço. (RAWLS, 1999a, p. 430). Elas não fundamentam um mero *modus vivendi*. Trata-se de uma perspectiva que traz ligada a si a ideia de reciprocidade. Conforme o próprio autor afirma, a capacidade de ter um senso de justiça baseado na reciprocidade é uma condição da sociabilidade humana. (RAWLS, 1999a, p. 435). Nota-se que a sequência dos princípios psicológicos representa um desenvolvimento progressivo e não regular. (RAWLS, 1999a, p. 435). Os cidadãos passam a compreender profundamente os princípios e ideais de justiça e, conseqüentemente, as normas éticas deixam de ser vistas como restrição e passam a abranger uma concepção coerente de reciprocidade e cooperação. O senso de justiça representa, portanto, a extensão dos vínculos naturais das pessoas e a preocupação com a justiça e o bem de todos.

Diante da exposição de tais ideias, evidencia-se que Rawls aceita a explicação de Piaget sobre o desenvolvimento moral, que culmina com a aquisição da ideia de justiça e com a distinção entre obrigação e cooperação. (RAWLS, 1999a, p. 402). Como Piaget, Rawls considera que a personalidade moral desenvolvida há de ser uma vontade autônoma, livre e racional que coopera com os demais, não sujeita a obrigação da pressão social senão a autonomia da consciência moral. (RAWLS, 1999a, p. 435). Ele remete às etapas de desenvolvimento moral de Piaget ao defender a estabilidade de uma sociedade ordenada através dos princípios de justiça.

Piaget, em sua obra, procurou compreender a gênese do juízo moral, ou seja, como se forma a moral infantil e como as crianças julgam suas ações e os comandos ao seu redor. (PIAGET, 1994, p. 23). Porém, o objetivo de Piaget não era apenas analisar a moral infantil, mas, através dela, encontrar fundamentos para todo o desenvolvimento moral. Na obra *O juízo moral na criança*, o autor expõe duas formas morais: a moral de coação e a moral de cooperação. (PIAGET, 1994, p. 58). Ambas são resultado de dois tipos fundamentais de relação interindividual: a coação, que implica autoridade e submissão e conduz à heteronomia, e a cooperação, que implica a igualdade de direito ou autonomia e reciprocidade

¹¹ Segundo Rawls (2008, p. 612; 1999a, p. 434), “o modo como a sociedade bem-ordenada é organizada e o sistema completo de princípios, ideais e preceitos que regem todo o esquema proporcionam um meio de distinguir os três níveis da moralidade. Parece plausível que, numa sociedade regida pela doutrina contratualista, a aprendizagem moral siga a ordem apresentada. Os estágios são definidos pela estrutura do que se deve aprender, passando do mais simples ao mais complexo na medida em que se realizam as capacidades necessárias”.

entre personalidades diferentes. (PIAGET, 1994, p. 58-59). A moral de coação faz com que a criança aceite e se submeta às ordens do adulto em todas as circunstâncias, enquanto que a moral de cooperação tem por princípio a solidariedade que acentua a autonomia e a responsabilidade subjetiva.

Nota-se, que Piaget entende o desenvolvimento do juízo moral como um processo de construção pessoal integrado em grupos de relações. Suas investigações levantam como hipótese a confirmar que nos estádios sucessivos da evolução do desenvolvimento moral da criança existe a manifestação de três regras: a regra motriz, a regra coercitiva e a regra racional. (AGRA ROMERO, 1985, p. 45). A regra motriz é baseada na regularidade e é relativamente independente de toda relação social, ligada apenas a um processo de habituação da criança e de assimilação da necessidade da regra. O caráter obrigatório, por sua vez, constitui uma evolução baseada em um comportamento regido pela regularidade já que, através da influência social, a criança interioriza as regras dos adultos. (AGRA ROMERO, 1985, p. 45).

Assim Piaget começa por analisar a moral heterônoma, momento no qual ainda existe uma relação de interiorização dos comandos externos. (PIAGET, 1994, p. 50). Há uma completa submissão às leis e princípios exteriores à razão. Aqui, ainda não se avalia o ato em si, mas apenas a transgressão da regra. A criança, em seus primeiros estágios, é guiada, devido ao seu egocentrismo natural, pela moral heterônoma¹². Ela não consegue ainda ter relações de solidariedade, pois vive centrada em si mesma.

A moral baseada na coação é, portanto, uma moral de dever exterior, na qual a criança apenas assimila uma série de deveres ainda incompreensíveis. (PIAGET, 1994, p. 60). Em sua consciência, age mal todo aquele que transgredir ou modifica as regras impostas. O respeito é desenvolvido pela coação e pela autoridade e não pelo conteúdo da regra. (PIAGET, 1994, p. 90). A moral heterônoma também faz com que a criança pequena tenha uma avaliação objetiva dos atos de violação das regras. Assim, não interessam os motivos e as circunstâncias ligadas à violação, mas apenas os prejuízos resultantes de tal ato.

Nessa fase, as relações respondem a um sentimento de respeito unilateral e a admiração pelos adultos. Assim, a intervenção social se constata como pressão dos adultos

¹² Segundo Piaget (1994, p.58), “o egocentrismo infantil, longe de constituir um comportamento antissocial, segue sempre ao lado do constrangimento adulto. O egocentrismo só é pré-social em relação à cooperação. [...] Ora, o egocentrismo só é contraditório em relação à cooperação porque só esta pode realmente socializar o indivíduo. A coação, ao contrário, alia-se, constantemente, ao egocentrismo infantil. [...] No tocante as regras morais, a criança intencionalmente se submete, mais ou menos por completo, às regras prescritas. Mas estas, permanecendo, de qualquer forma, exteriores à consciência do indivíduo, não transformam verdadeiramente seu comportamento. É por isso que a criança considera a regra como sagrada, embora não a pratique na realidade”.

sobre a conduta das crianças, para quem as regras são algo obrigatório e sagrado. (AGRA ROMERO, 1985, p. 45). O autor chama de realismo moral essa tendência do menor em considerar os deveres a ele relacionados como exteriores e independentes a sua consciência, bem como obrigatórios, independentemente das circunstâncias envolvidas. (PIAGET, 1994, p. 93). Esse realismo moral envolve necessariamente três características. Em primeiro lugar, o dever é essencialmente heterônomo. (PIAGET, 1994, p. 93). Em segundo lugar, a regra deve ser obedecida no “realismo do texto” e não conforme o seu espírito. (PIAGET, 1994, p. 94). E por fim, o realismo moral acarreta uma concepção objetiva da realidade, na qual a criança não avalia a intenção dos atos, mas apenas a sua conformidade material com as regras estabelecidas (PIAGET, 1994, p. 94).

Essa fase só será superada no momento em que a criança passa a enfrentar, em condição de igualdade, conflitos resultantes do confronto de interesses diferentes. Assim, à medida que a criança cresce e entra em contato com outras crianças, percebe que as regras não são sagradas e que podem ser modificadas ou adaptadas através da cooperação e do respeito mútuo¹³. Ela se liberta das regras impostas pela autoridade, criando sua própria opinião mediante a coerência interna¹⁴. Percebe-se que os primeiros deveres que a criança conhece são as instruções transmitidas pelos pais, mas destas normas heterônomas, ela, através da generalização e da reinterpretação, tira novas normas até alcançar uma interiorização espiritualizada e autônoma deste conjunto que terá incessantemente retrabalhado. (PIAGET, 1973, p. 211).

Com a convivência entre iguais baseada na cooperação, a criança passa a interiorizar a regra, desenvolvendo sua consciência autônoma. Apoiada em relações de solidariedade, ela passa a assumir a norma como “algo seu”. (PIAGET, 1994, p. 131). Dessa forma, a responsabilidade objetiva pela infração cede lugar à responsabilidade subjetiva, pois a criança passa a refletir sobre as circunstâncias em que foi praticada, refletindo sobre todo o contexto que envolve o ambiente de cooperação. (PIAGET, 1994, p. 109).

¹³ Para Piaget (1994, p. 91), “o respeito mútuo aparece, portanto, como a condição necessária da autonomia, sob seu duplo aspecto intelectual e moral. Do ponto de vista intelectual, liberta as crianças das opiniões impostas, em proveito da coerência interna e do controle recíproco. Do ponto de vista moral, substitui as normas da autoridade pela norma imanente à própria ação e à própria consciência, que é a reciprocidade na simpatia.

¹⁴ Segundo Agra Romero (1985, p. 45), “se o respeito unilateral se vincula com o egocentrismo, o respeito mútuo se relaciona com a autonomia de consciência e, por conseguinte, com a cooperação social. A regra correspondente é uma regra racional. Ao submeter-se ao controle da reciprocidade, a criança abandona os esquemas egocêntricos e de capricho pessoal. Se introduz o elemento de racionalidade. Porém, as consequências que se derivam do processo que vai do respeito unilateral ao respeito mútuo constituem algo mais que a constituição de um ‘eu’. Se constitui a personalidade. A cooperação faz possível o desenvolvimento da personalidade de tal modo que as regras vêm a ser fatores e produtos da personalidade, já não são exteriores. Dito de outro modo, mediante a cooperação é possível o trânsito da heteronomia para a autonomia”.

Essas questões abordadas por Piaget resultam na análise profunda que o autor faz sobre a construção da noção de justiça, ligada diretamente à solidariedade e o respeito mútuo. (PIAGET, 1994, p. 156). No capítulo específico sobre o assunto, Piaget afirma que as primeiras noções de justiça e injustiça surgem na criança devido aos adultos, mas não por causa deles. A regra da justiça é uma condição imanente, uma lei sagrada que não necessita de compreensão. O sentimento de justiça começa a aparecer de forma autônoma apenas quando surgem e se desenvolvem as relações de solidariedades entre os pequenos.

A mais primitiva noção de justiça do desenvolvimento moral é ligada diretamente a questão da sanção: a sanção é justa e necessária quando há um culpado e quanto mais severa for, mais justa ela será. (PIAGET, 1994, p. 157). Ela é caracterizada por sanções expiatórias, ligadas a coação e as regras de autoridade, na qual importa apenas recolocar as coisas em ordem e impor obediência ao culpado¹⁵. A sanção expiatória apresenta um caráter arbitrário, pois não há nenhuma relação entre as causas do ato cometido e o conteúdo da sanção. (PIAGET, 1994, p. 161). Basta que haja proporcionalidade entre o sofrimento imposto e a gravidade do fato, já que ela está inserida na ideia de moral heterônoma, importando apenas a punição pela desobediência da regra.

Em um segundo momento, a sanção continua sendo necessária, mas a justiça estará condicionada a restituição e reciprocidade. Nesse momento, inserido na moral de autonomia, é necessário fazer ao infrator algo semelhante ao que ele fez para que ele compreenda o fato e não ocorra reincidência¹⁶. Deve-se mostrar ao culpado que ele rompeu laços de solidariedade do grupo através de sanções por reciprocidade. Ao contrário das sanções expiatórias, as sanções que envolvem a reciprocidade devem ser motivadas, ligando o conteúdo e a natureza da falta à punição. (PIAGET, 1994, p. 162).

Essas questões explicam também por que as crianças mais jovens aceitam a responsabilidade e a punição coletiva quando a autoridade não consegue identificar no grupo o responsável pela infração. (PIAGET, 1994, p. 186). Para os menores, a atitude da autoridade

¹⁵ Piaget salienta (1994, p. 161) que as sanções expiatórias “parecem ir a par com a coação e com as regras de autoridade. Seja, com efeito, uma regra imposta de fora à consciência do indivíduo, a qual ele transgredir: independentemente, mesmo, dos movimentos de indignação e cólera, que se produzem no grupo ou entre os detentores da autoridade, e que recaem fatalmente sobre o culpado, o único meio de recolocar as coisas em ordem é reconduzir o indivíduo à obediência, por meio de uma repressão suficiente, e tornar sensível a repreensão, acompanhando-a de um castigo doloroso”.

¹⁶ Segundo Piaget (1994, p. 162), “não sendo mais a regra, como anteriormente, uma realidade imposta de fora, da qual o indivíduo poderia se furtar, mas constituindo uma relação necessária entre o indivíduo e os seus próximos, basta tirar as conseqüências da violação desta regra, para que o indivíduo se sinta isolado e deseje, ele próprio, o restabelecimento das relações normais. A repreensão então, não precisa mais de um castigo doloroso para ser reforçada: reveste toda sua intensidade na proporção em que as medidas de reciprocidade fazem compreender ao culpado o significado de sua falta”.

é correta, já que o que interessa é a punição atingir o culpado de qualquer maneira. Por outro lado, as crianças mais velhas se manifestam contrária a esse tipo de punição, pois o mais grave nesse fato é atingir inocentes.

Nota-se, que a necessidade de sanção expiatória tende a decrescer com a o avançar da idade e o desenvolvimento mental e moral, fazendo com que a cooperação prevaleça sobre a coação. (PIAGET, 1994, p. 165). A cooperação faz com que apareça e se torne constantes ideias de igualdade e equidade. (PIAGET, 1994, p. 204). As questões relativas à justiça distributiva se tornam latentes, fazendo com que se considere o contexto do comportamento que envolve a prática de um ato faltoso e a melhor maneira de evitar a reincidência¹⁷.

Dentro desse contexto, Piaget (1994, p. 215-216) apresenta três níveis de desenvolvimento moral constatados em suas experiências:

Durante uma primeira etapa, a justiça não é diferenciada da autoridade das leis: é justo o que o adulto manda. É naturalmente, durante esta primeira etapa, que a justiça retributiva prevalece sobre a igualdade [...]. Portanto, poderíamos caracterizar esta primeira fase pela ausência da noção de justiça distributiva, uma vez que esta implica uma certa autonomia e libertação em relação à autoridade adulta. Mas é verossímil que há algo muito primitivo na relação de reciprocidade, e encontramos germes de igualitarismo desde as primeiras relações das crianças entre si. [...] Durante uma segunda etapa, o igualitarismo desenvolve-se e prevalece sobre qualquer outra consideração. A justiça distributiva opõe-se, assim, em caso de conflitos, à obediência, à sanção e mesmo, muito frequentemente, às razões mais sutis que serão invocadas durante o terceiro período. Enfim, durante uma terceira etapa, o igualitarismo simples cede o passo diante de uma noção mais refinada da justiça, que podemos chamar a equidade, a qual consiste em nunca definir a igualdade, sem considerar a situação particular de cada um.

A justiça, portanto, terá sentido ao se tornar superior à autoridade, ao tornar a igualdade superior à autoridade¹⁸. O desenvolvimento moral fará também com que essa noção de igualdade se desenvolva em uma noção mais refinada de justiça: a equidade. (PIAGET, 1994, p. 238). Ao contrário do primeiro estágio, no qual predomina o dever e a obediência, e do segundo estágio, no qual a igualdade tem primazia sobre a autoridade, o terceiro estágio (equidade) é mais complexo,

¹⁷ Segundo Piaget (1994, p. 200), “as ideias igualitárias se impõem, em função da cooperação, e constituem, assim, uma forma de justiça que, sem entrar em contradição com as formas evoluídas da justiça retributiva (a sanção por reciprocidade é devida, justamente, aos progressos destas noções), se opõe às formas primitivas de sanção e termina, mesmo, por fazer que a igualdade tenha primazia sobre a retribuição, sempre que haja conflito entre elas”.

¹⁸ Para Agra Romero (1985, p. 47), na análise de Piaget, “o processo evolutivo culmina com a adoção de um senso de justiça desenvolvido independentemente da influência ou pressão dos adultos. Eis a distinção entre justiça retributiva e justiça distributiva. Uma se caracteriza pela sanção, a outra pela igualdade. As ideias igualitárias, segundo Piaget, são geradas pela cooperação e estão acima da retribuição: nelas prima a justiça retributiva. A superioridade deste tipo de justiça descansa que quando há conflitos entre dois tipos de sanções, se impõe a igualdade. [...] O ideal nasce da cooperação entre crianças e se manifesta especialmente quando sofrem injustiças, quando a criança recebe um trato desigual. Consequentemente, conclui Piaget, a solidariedade entre as crianças contribui ao desenvolvimento da justiça igualitária”.

envolvendo a observação de particularidades e de circunstâncias em que ocorreram os fatos. A constituição do senso de justiça se dá, então, no progresso da igualdade para equidade.

Segundo Piaget, a noção de igualdade ou de justiça distributiva tem raízes individuais ou biológicas, condições necessárias, mas não suficientes de seu desenvolvimento. (PIAGET, 1994, p. 238). Para que haja real igualdade e autêntica necessidade de reciprocidade é necessária uma regra coletiva, originada da vida em comum, originando a consciência de um equilíbrio necessário. Além disso, esse equilíbrio supõe uma longa educação recíproca. (PIAGET, 1994, p. 239).

O comportamento moral de um indivíduo ou da sociedade não está, portanto, vinculado a obediência de regras sociais. Uma sociedade justa e moral está ligada ao respeito e a cooperação de seus membros. Ela só será autônoma quando seus membros seguirem e respeitarem seus acordos não pela simples imposição de coação, mas pela plena consciência moral de respeito às outras pessoas. Assim sendo, a moralidade não é questão de seguir regras, mas de acordar e conviver plenamente com elas¹⁹. No primeiro caso atuaríamos, portanto, guiados pela legalidade, no segundo pela moralidade. (RAWLS, 1999a, p. 436).

A aceitação por parte de Rawls de tais premissas do desenvolvimento moral afasta a possibilidade de classificar a teoria da justiça como equidade como uma teoria atomista, pois a ideia fundamental desenvolvida por Rawls não é a da autossuficiência individual. (VITA, 1992, p. 23). O desenvolvimento do senso de justiça a caracteriza como uma teoria social do homem, já que o indivíduo só consegue desenvolver suas capacidades através de uma cooperação abrangente com os outros. O foco já não se encontra mais na primazia do indivíduo e de seus direitos pré-determinados, mas na forma como toda a sociedade irá se relacionar guiada por suas instituições. (VITA, 1992, p. 23). Esse aspecto se torna evidente ao analisar a terceira etapa do desenvolvimento moral, quando o igualitarismo dá lugar à equidade. Nesse momento, a situação particular de cada um é levada em conta, determinando o caráter voluntário de eleição das regras de cooperação social e, fundamentalmente, a noção refinada de igualitarismo que exige que todos se beneficiem.

¹⁹ Segundo Nedel (2000, p. 78), “os homens também fazem a experiência da complementaridade e da reciprocidade. Compreendem que precisam uns dos outros como parceiros; que os êxitos e prazeres dos outros são necessários e complementares ao bem deles próprios. Desta forma, buscam modos de vida com características de uniões sociais: formam grupos, constituem famílias a partir da afinidade sexual, organizam círculos de amigos, grupos que se dedicam à ciência, à arte, à religião e à cultura de toda espécie, a jogos e outras atividades. É intuitivo que as uniões sociais, menores ou maiores, requerem fins compartilhados e atividades comuns ou formas aceitas de promover o bem coletivo. Nestas uniões cada um tira proveito das ações dos outros. Assim, a sociedade ‘união social de uniões sociais’, embora marcada por conflitos, vem a ser um empreendimento cooperativo para benefício mútuo, uma vez que nela se verifica também identidade de interesses”.

A moralidade funciona, portanto, como um instrumento de coesão social que possibilita a integração dos indivíduos na sociedade, gerando vínculos solidários (FREEMAN, 2007b, p. 164). Além disso, esses vínculos de solidariedade presentes em uma sociedade regulada pelo senso de justiça apresentam um caráter acentuado de vinculação, pois a consciência coletiva não é imposta de maneira heterônoma. É fruto da cooperação e do compartilhamento de valores éticos e democráticos essenciais. Assim, tanto para Rawls como para Piaget, a moral é concebida em função do ideal de justiça fundamentado na equidade. Essa perspectiva também é compartilhada por Kohlberg, para quem a imposição moral deriva de processos sociais de cooperação e de processos psíquicos individuais. (KOHLBERG, 1992, p. 43).

Kohlberg retomou e aperfeiçoou o modelo de Piaget, fundamentando filosoficamente sua teoria psicológica e moral²⁰. Para o autor, o desenvolvimento da moralidade é necessário para que a vida em grupo seja possível; e a conquista da autonomia moral é fundamental para que os indivíduos possam avaliar as regras de seu grupo e decidir se elas estão de acordo com os princípios de justiça que promovem a solidariedade e a equidade. (KOHLBERG, 1992, p. 187). Esse é o ponto culminante de uma trajetória destinada a uma moralidade pós-convencional substantiva, que tem na razão e na justiça seus pontos ideais de equilíbrio²¹.

É nesse contexto que Kohlberg propõe a criação de uma “comunidade justa”, baseada em uma concepção democrática, com uma assembleia geral que decide sobre ela. (KOHLBERG, 1992, p. 104). Assim, a responsabilidade e as consequências das decisões estariam nas mãos dos diretamente envolvidos. Essa estrutura e esses momentos de decisões são fundamentais para a construção da noção de justiça, pois são propícios para o uso do *role-taking*, na qual os participantes têm de assumir o papel do outro, dentro de suas circunstâncias concretas para chegar à compreensão da situação e das reivindicações das pessoas envolvidas. Nesse sentido, à medida que ocorre o confronto de diferentes óticas pessoais, há a

²⁰ Kohlberg (1992, p. 35), seguindo a linha de estágios de desenvolvimento moral de Piaget, avançou nessa teoria, apresentando um processo bem mais complexo do que a simples passagem da heteronomia para a autonomia. Assim, apresentou três níveis de desenvolvimento, com dois estágios cada um: 1º) ‘Nível Pré-convencional’ (corresponde, em termos gerais, à moralidade heterônoma estudada por Piaget); ‘Nível Convencional’ (o justo e o injusto se define pela conformidade às normas sociais e morais vigentes) e ‘Nível Pós-convencional’ (Valor moral das ações está vinculado aos princípios éticos universais, tais como o direito à vida, à liberdade e à justiça). Neste nível, a sociedade não teria sentido se não estivesse a serviço desses direitos individuais fundamentais.

²¹ Habermas define esse ponto da teoria de Kohlberg como ‘tese de identidade’ (HABERMAS, 1999, p. 61). Para o filósofo alemão, Kohlberg deixa implícito que a complexidade crescente das estruturas de julgamento moral, aliada à racionalidade do princípio da justiça, garantiriam, de modo quase inexorável, que a ontogênese da moralidade atingisse, na justiça, seu ponto eticamente ótimo e final, enquanto padrão ético para o equilíbrio ou harmonia social, enquanto base racional possível para o diálogo e a convivência em sociedade, entre grupos e entre nações.

reflexão e o aprimoramento de convicções anteriores²². As decisões das assembleias, portanto, sempre refletirão a preocupação com a justiça e com a comunidade como um todo.

Nota-se, que nesse quadro, a responsabilidade coletiva e a solidariedade, são virtudes inerentes para que a comunidade se mantenha como grupo social e não como simples aglomerado de pessoas. Essas virtudes não refletem somente uma preocupação com o bem estar individual, mas também com a vida comum em si. Assim sendo, a teoria de Kohlberg para o desenvolvimento do juízo moral comparte com Rawls a ideia fundamental de que o senso de justiça e a estrutura da justiça são componentes essenciais para a moral. (KOHLBERG, 1992, p. 104).

Apresentadas as leis psicológicas relativas ao desenvolvimento moral dos cidadãos, Rawls volta sua atenção para a questão da estabilidade social. Tal questionamento é compreensível, pois, segundo o próprio autor, um sistema justo pode não estar em equilíbrio. (RAWLS, 1999a, p. 434). Para haver de fato uma estabilidade plena, os homens devem ter um senso de justiça e uma preocupação com aqueles que seriam prejudicados por suas atitudes injustas. (RAWLS, 1999a, p. 435). E quando esse sentimento é mais forte que as tentações de violar as normas e esquemas equitativos, pode-se afirmar que tal esquema é estável²³.

Assim sendo, uma sociedade regulada por um senso de justiça é inerentemente estável devido à relação recíproca entre as três leis psicológicas. (RAWLS, 1999a, p. 436). Todas as três leis psicológicas atuam juntos para sustentar as instituições de uma sociedade bem-ordenada, pois o fortalecimento de uma das leis conduz a vínculos mais fortes nas leis posteriores. O senso de justiça, portanto, será tanto mais forte quanto mais fortalecido forem os três momentos das leis psicológicas. (RAWLS; 1999a, p. 437). Como resultado, as

²² Em relação aos princípios morais, Kohlberg segue Rawls quanto a sua formulação em um processo espiral a alcançar um equilíbrio reflexivo: “os princípios ou métodos para julgar se aplicam tentativamente a casos ou dilemas. Ali onde há discrepâncias entre o princípio e nossas intuições sobre a ação correta no dilema, podemos ou bem reformular o princípio ou bem decidir que nossa intuição moral estava errada. Qualquer que seja a decisão, nos movemos adiante para considerar a outros casos, estando aberto a mudanças até que chegamos a um equilíbrio reflexivo entre nossos princípios e nossas intuições morais sobre casos concretos [...] os juízos de justiça de princípios se consideram como emergentes de um processo dinâmico de interação entre as pessoas, concebidas como agentes que se autodeterminam e que seguem as normas. Segundo essa teoria, a justiça se refere não a um estado mas a um processo, não a uma condição mas sim a uma ação. Justiça significa o processo ativo de remediar ou prevenir o que provocaria um sentido de injustiça. Nesse contexto, os princípios não derivam sua validade de um status epistemológico de certeza atribuída aos princípios referidos, mas derivam do que todas as pessoas podem acordar quando buscam regular suas interações de forma justa”. (KOHLBERG, 1992, p. 297).

²³ Rawls (2008, p. 614; 1999a, p. 435) afirma que, “dadas essas atitudes naturais e o desejo de fazer o que é justo, ninguém deseja promover os seus interesses de forma não equitativa, causando assim prejuízos para os outros [...] E já que cada um reconhece que essas inclinações e sentimentos são prevalecentes e efetivos, não há motivo para ninguém pensar que precisa transgredir as leis para proteger seus interesses legítimos [...] É claro que talvez venham a ocorrer algumas infrações, porém, quando ocorrerem, sentimentos de culpa decorrentes da amizade e da confiança mútua e o senso de justiça tendem a restabelecer o arranjo”.

tendências de reciprocidade e o surgimento de uma concepção moral justa e igualitária representam uma forte atração para a adesão social.

2.3 A Questão da Estabilidade em *A theory of justice*: A Congruência entre o Justo e o Bem e a Transição para *Political liberalism*

A argumentação de Rawls na terceira parte de *A theory of justice* parece ser o fio condutor para as principais modificações feitas pelo autor em seus estudos posteriores, objeto de análise de alguns comentadores, que divergem sobre quais pontos, exatamente, devem ser rejeitados na argumentação do autor. Essa polêmica específica na obra de Rawls é de fundamental importância para relacionar a ideia do senso de justiça com a democracia constitucional apresentada em *Political liberalism*²⁴. É de fundamental importância analisar o argumento da congruência entre o justo e o bem, pois foram, principalmente, as razões da insatisfação de Rawls com esse argumento que o levou posteriormente a reformular a justificativa para justiça como equidade, culminando em *Political liberalism*. (FREEMAN, 2007, p. 144). Cabe adiantar, porém, que a análise seguida nessa tese parte da ideia de que muitos elementos trabalhados por Rawls nesse ponto, como, por exemplo, a caracterização dos cidadãos como possuidores de senso de justiça e de uma concepção de bem e a ideia de sociedade bem ordenada mantém sua importância no desenvolvimento de sua obra. Porém, também não pretende defender que as ideias desenvolvidas nos escritos posteriores não tenham grande importância, sendo uma mera continuação de *A theory of justice*²⁵.

A grande questão em torno do problema da estabilidade busca uma resposta que justifique o que levaria os cidadãos a apoiarem e seguirem os princípios de justiça aplicados às instituições sociais. (FREEMAN, 2007b, p. 146). Levando em conta as

²⁴ Freeman argumenta que a questão da estabilidade e, mais especificamente, o argumento da Congruência tem sido amplamente negligenciado nas discussões da obra de Rawls. O autor (FREEMAN, 2001b, p. 277) cita entre as razões para essa negligência: “primeiro, a pura exaustão. O argumento de congruência começa na Parte III Teoria de Justiça (TJ), é desenvolvido por mais de 200 páginas, e culmina (na seção 86), no final de um livro muito longo. Em segundo lugar, há por parte de Rawls característica falta de clareza na definição do argumento da congruência: ela é interrompida e entrelaçada com outros argumentos que Rawls simultaneamente desenvolve. Finalmente, há o sentimento entre alguns dos principais comentadores de Rawls de que esse argumento falha”.

²⁵ Esse posicionamento está de acordo com a exposição de Maffettone (2010, p. 190), segundo o qual “há continuidade entre o período de Rawls baseado em TJ, e o período com base no PL. Respeitando o princípio hermenêutico de não só ler o todo em termos de suas partes, mas também de ler as partes em termos do todo, sugiro que TJ deva ser lida à luz não só da literatura secundária sobre isso, mas também à luz de PL e dos ensaios que a antecederam. Mais especificamente, vou argumentar que a teoria da justiça como equidade, que constitui o coração do TJ, desenvolve uma teoria razoável abrangente. Isso, então, torna-se uma concepção específica de justiça e não uma explicação universal do conceito de justiça, embora seja uma concepção específica que é fundamental para o modelo de pluralismo estabelecido no PL”.

propensões humanas naturais, o que faria com que as pessoas se preocupassem suficientemente com questões de justiça a ponto de subordinar a prossecução dos seus fins às exigências da justiça? Sob risco de ficar apenas em um plano utópico, Rawls deve demonstrar que os cidadãos, em uma sociedade justa e bem-ordenada, podem ser motivados a agir de forma justa. (FREEMAN, 2007b, p. 146).

Assim, Rawls busca explicar como a teoria da justiça como equidade produz sua própria sustentação, demonstrando que ela tende a ser mais estável intrinsecamente que as concepções alternativas tradicionais²⁶. A explicação parte, portanto, da verificação se o desenvolvimento do senso de justiça, apresentado no item anterior, se articula com a concepção de bem dos cidadãos de modo que a sua união gere a sustentação de um sistema justo. (RAWLS, 1999a, p. 450). A tese fundamental apresentada por Rawls nesse capítulo de *A theory of justice*, e depois rejeitada pelo próprio autor, é de que haveria uma plena congruência entre o senso de justiça e o bem perseguido por um cidadão, eliminando qualquer tendência à instabilidade da ordem social. Como consequência disso, a sociedade bem-ordenada fortalece a autonomia das pessoas e encoraja a objetividade de seus juízos ponderados. (RAWLS, 1999a, p. 451).

Para cumprir esse objetivo, Rawls propõe a tese de conformidade entre os princípios de justiça e os princípios racionais do bem. (RAWLS, 1999a, p. 453). Dessa forma, não só o correto desenvolvimento do senso de justiça é suficiente para garantir a estabilidade social, sendo necessário também averiguar a estreita relação entre ele e os projetos de escolha racional dos cidadãos. O senso de justiça segue cumprindo um papel primordial na questão da estabilidade, já que coordena os projetos de vida dos indivíduos. O argumento da congruência, portanto, pretende mostrar que, sob as condições ideais de uma sociedade bem-ordenada, os julgamentos que seriam feitos a partir da perspectiva da posição original e a racionalidade deliberativa coincidem. (FREEMAN, 2007b, p. 150). As partes, portanto, consideram a personalidade moral como aspecto fundamental do eu, rejeitando todas as concepções regidas por um objetivo dominante. (RAWLS, 1999a, p. 455).

²⁶ Segundo Weithman (2010, p. 44) “o tipo de estabilidade que preocupa Rawls é diferente da estabilidade comumente entendida pela ciência política. O que é usualmente discutido nessa área é o que podemos chamar de ‘estabilidade de Estado’ [...] A estabilidade de Estado pode ser obtida inclusive se as leis às quais os cidadãos obedecem são injustas. Inclusive, como mostra a história, estados totalitários podem ser considerados estáveis por consideráveis períodos de tempo [...] Estados que são estáveis nesse sentido podem ser contrastados com Estados ou esquemas de cooperação que permanecem, se não perfeitamente justo, aproximadamente justo ao longo do tempo. [...] A estabilidade com a qual Rawls está preocupado é esse tipo de estabilidade, mais do que a estabilidade de Estado”.

Dessa forma, a escolha de nossa concepção de bem está delimitada dentro dos princípios de justiça, nos quais ocorrem nossas deliberações. (RAWLS, 1999a, p. 493), fazendo com que a unidade essencial do eu não só seja garantida pela concepção do justo, como seja a mesma para todos. (RAWLS, 1999a, p. 493). Na sociedade bem-ordenada, a concepção de bem dos indivíduos é um sub-plano do plano maior e mais abrangente que regula a sociedade e fornece ideais e formas de vida definidas. Os membros de uma sociedade regulada pelos princípios de justiça desejam agir de forma justa e a satisfação desse desejo constitui parte de seu bem. (RAWLS, 1999a, p. 498). A partir do momento em que adquirem um senso de justiça efetivo passam a ter um plano de vida que leva ao encorajamento desse senso. Assim, pode-se dizer que ser uma pessoa boa é de fato um bem para a pessoa e que essa forma de sociedade é uma boa sociedade. (RAWLS, 1999a, p. 506).

Essa argumentação serve para Rawls justificar que os princípios escolhidos na posição original são desejáveis e exequíveis simultaneamente, permitindo que a sociedade regulada por eles seja estável e que realize o bem da comunidade. A sociedade entendida dessa maneira, como uma união de uniões sociais, recorre à ideia de bem como racionalidade, permitindo a todos a participação na soma total dos bens individuais cultivados pelos outros. (RAWLS, 1999a, p. 462). Há, nesse sentido, a necessidade, portanto, de cooperação ativa dos indivíduos através de seus esforços conjuntos, o que comprovaria o fato de que o indivíduo somente se completa nas atividades de união social. (RAWLS, 1999a, p. 456). Conclui-se, assim, que a implementação de instituições justas é um objetivo partilhado por todos os membros da sociedade, que visam concretizar a sua própria natureza e a dos outros membros²⁷. Essa intenção coletiva é consequência do fato de todos terem um senso de justiça efetivo, fazendo com que cada um queira que todos atuem de acordo com os princípios de justiça acordados em uma situação inicial de igualdade. (RAWLS, 1999a, p. 462).

Essa interpretação de Rawls permite concluir que quando todos agem para promover as instituições justas, estão também constituindo um bem para cada um dos membros da sociedade. (RAWLS, 1999a, p. 463). Individual e coletivamente, os

²⁷ Nesse sentido, Rawls (2008, p. 637; 1999a, p. 453) afirma que “agir com autonomia é agir segundo os princípios com os quais concordaríamos na condição de seres racionais livres e iguais, e que devemos entender dessa maneira. Esses princípios também são objetivos. São os princípios que desejaríamos que todos (inclusive nós mesmos) seguissem se tivéssemos de assumir juntos o mesmo ponto de vista geral [...] Não olhamos para a ordem social do ponto de vista da nossa situação, e sim assumimos um ponto de vista que todos possam adotar em igualdade de condição. Nesse sentido, vemos a sociedade e nosso lugar nela de maneira objetiva: compartilhamos um ponto de vista em comum, juntamente com outros, e não de maneira parcial e injusta”.

indivíduos realizam a sua natureza moral de forma plena, fazendo com que o plano de vida de cada pessoa se ajuste aos planos dos outros através dos princípios de justiça. Como afirma Rawls (2008, p. 652; 1999a, p. 463)

A vida mais privada de todos é, por assim dizer, um projeto dentro de um projeto, sendo esse projeto de nível superior realizado nas instituições públicas da sociedade [...] A intenção pública reguladora é somente a de que a ordem constitucional realize os princípios de justiça. E essa atividade coletiva, se o princípio aristotélico for correto, deve ser considerada um bem [...] Disso decorre que a atividade coletiva de prover justiça é a forma predominante de florescimento humano. Pois, dadas certas condições favoráveis, é por meio da manutenção desses arranjos públicos que as pessoas expressam melhor sua natureza e alcançam as mais amplas excelências reguladoras para as quais cada uma delas está capacitada.

Rawls recorre à autoridade de Kant para defender que a sustentação de instituições justas contribui para o bem individual de cada um. (RAWLS, 1999a, p. 452). Dessa forma, quando todos se propõem a obedecer aos princípios de justiça, sua natureza de pessoa moral é realizada, realizando com isso também o seu bem individual e coletivo. É racional, portanto, que as pessoas endossem seu senso de justiça como regulador de seu plano de vida, pois suas ações orientadas a partir do critério de justiça proposto pelos princípios é consistente com o seu próprio bem²⁸. O desejo de agir de maneira justa e de escolher a própria concepção de bem estariam, nesse ponto, unificados em um mesmo desejo, fazendo com que os princípios de justiça escolhidos na posição original sejam plenamente compatíveis com as concepções individuais de bem de cada cidadão. (FREEMAN, 2001b, p. 279). Portanto, a única maneira de alguém ser fiel à sua natureza é agir com base nos princípios do direito e da justiça, atribuindo-lhes prioridade máxima. (RAWLS, 1999a, p. 493).

A congruência entre o justo e o bem foi alvo de diversas críticas e análises, do próprio Rawls, que resultaram na transição do autor para as ideias desenvolvidas e unificadas em *Political liberalism*. Entre as principais razões, reside o fato de que ter um senso de justiça e agir por amor à justiça não é suficiente para mostrar que o senso de justiça é compatível com o bem de cada indivíduo, muito menos para que a justiça seja parte do bem. (FREEMAN, 2007b, p. 149). Ter um senso de justiça, não significa que as

²⁸ Para Weithman (2010, p. 7), “Rawls argumenta, devido às condições da posição original, que os princípios escolhidos são os princípios que os próprios membros da sociedade bem-ordenada dariam a si mesmos. E então, quando eles regularem suas vidas de acordo com os princípios, eles estarão vivendo de forma livre em um importante senso de liberdade: eles estarão vivendo autonomamente. Inclusive, Rawls pensa que uma das razões que os levariam a endossar planos de vida regulados pelas demandas de justiça é o fato de todos eles quererem viver de forma autônoma”.

peças irão agir sempre com justiça, pois isso pode ser demasiado exigente para a maioria das pessoas ao entrar em conflito com outros motivos difíceis de serem sacrificados se for levada em conta a natureza humana. (FREEMAN, 2007b, p. 149). Além disso, segundo Rawls, no enunciado de *A theory of justice*, o contrato social é considerado como parte da filosofia moral, não ficando estabelecida, então, nenhuma diferença entre uma concepção exclusivamente política de justiça e uma doutrina moral de justiça; distinção que, no momento posterior, se torna fundamental. (AUDARD, 2000, p. VIII).

Assim, essas modificações são o resultado de um esforço para corrigir a análise relativa à estabilidade democrática, já que apresenta a teoria da justiça como equidade como uma doutrina mais ou menos abrangente (AUDARD, 2000, p. IX), inaceitável em uma sociedade democrática caracterizada pela pluralidade de doutrinas abrangentes, religiosas, filosóficas e morais, resultado normal do exercício livre dos cidadãos em um regime democrático²⁹.

Segundo o próprio autor (RAWLS, 1996, p. XIX), a existência de uma pluralidade de doutrinas abrangentes incompatíveis entre si prova que a ideia de uma sociedade bem-ordenada e governada pela teoria da justiça como equidade, no sentido de TJ, não é realista. Rawls se esforça, então, para repensar a justificação da teoria da justiça como equidade. Tenta superar as inconsistências relacionadas ao problema da estabilidade, mantendo, no restante, a estrutura e o conteúdo apresentados em *A theory of justice*. Rawls parece apenas fazer uma revisão em relação à compreensão do argumento da congruência, fazendo com que a virada política proposta pelo autor reforce ainda mais os argumentos da teoria da justiça como equidade. (MANDLE, 2009, p. 143). Essas mudanças tratam, portanto, apenas de correções em inconsistências de sua teoria, capazes de deixar clara a elaboração de uma concepção de justiça política, e não metafísica, baseada em um acordo político para uma sociedade marcada por diferenças. (RAWLS, 1996, p. XXIII).

Assim sendo, percebe-se, além das mudanças significativas em relação a *A theory of justice*, outras mudanças menos óbvias, mas muito importantes. A descrição do senso de justiça e o argumento de que a sociedade política é um bem passam por mudanças sutis, mas reveladoras. (WEITHMAN, 2010, p. 4). O senso de justiça, por exemplo, permanece

²⁹ Segundo Freeman (2007b, p. 168), “Imagine-se então uma sociedade bem-ordenada, na qual há um amplo consenso e apoio aos princípios rawlsianos liberais da justiça. Como seria possível uma aceitação geral? Dada a liberdade de consciência e a liberdade de pensamento e de associação, essa aceitação geral só seria possível se os indivíduos afirmarem e apoiarem estes princípios por razões diferentes. É irrealista supor que todo mundo concorda com os princípios de justiça por motivos especificados pela interpretação kantiana”.

exercendo um papel importante no desenvolvimento da concepção política de Rawls³⁰. Nesse sentido, o autor repensa a questão da justificação, revendo necessariamente a questão da congruência entre o justo e o bem, visando solucionar o que ele considera o problema central do liberalismo político, a saber, a organização de uma ordem social legítima e estável diante do pluralismo de doutrinas abrangentes inerente às sociedades modernas. Além disso, mais do que a estabilidade social inerente, Rawls procura o que considera a “estabilidade pelas razões corretas”. (WEITHMAN, 2010, p. 4).

Será, portanto, função do procedimento do consenso sobreposto garantir a estabilidade social pelas razões corretas (*right reasons*), fazendo com que pessoas que professam doutrinas abrangentes razoáveis possam endossar uma mesma concepção política de justiça a partir de seus próprios pontos de vista. (RAWLS, 1996, p. 134). Isso necessariamente conduzirá para a legitimidade política, já que os princípios de justiça são construídos de forma *freestanding*, com base em determinados mecanismos de representação fundamentados em crenças morais ponderadas da tradição e cultura democrática.

Após a publicação de *A theory of justice*, Rawls continuou a aceitar seus próprios argumentos anteriores em relação ao desenvolvimento do senso de justiça, porém em *Political liberalism* ele fez mudanças importantes. (WEITHMAN, 2010, p. 7). Enquanto que em *A theory of justice*, a questão da estabilidade passava necessariamente e exclusivamente pela caracterização dos cidadãos como possuidores de um senso de justiça e de uma concepção de bem, em *Political liberalism*, verifica-se, além desse fundamento de estabilização, ideias como o consenso sobreposto e a razão pública. O desenvolvimento dessas ideias visa, principalmente, adequar a teoria da justiça como equidade ao pluralismo razoável, à existência de uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis, incompatíveis umas em relação às outras, incompatível com a sociedade descrita em *A theory of justice*³¹.

³⁰ Segundo Weithman (2010, p. 6), “Rawls afirma em TJ, e continua a acreditar em PL, que a justiça como equidade será estável apenas se os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada desenvolverem um senso de justiça. Ele argumenta que eles irão. Ele também pensa que a justiça como equidade permanecerá estável apenas se os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada mantiverem seus sentidos de justiça. A manutenção do senso de justiça requer um compromisso em manter um certo tipo de vida. O tratamento em TJ do que Rawls chama congruência deveria mostrar que membros de uma sociedade bem-ordenada afirmariam e manteriam seus compromissos de viver justamente, de modo que o seu senso de justiça seria um elemento permanente de seu caráter”.

³¹ A questão da estabilidade em *Political liberalism* “é fundamental para definir a posição assumida por Rawls quanto a esta questão. Como afirma Weithman (2010, p. 45), “concepções de justiça podem ser estabilizadas pelo menos de duas formas. Vou me referir aos dois tipos de estabilidade que resultam como *inerente* e *imposta*. Como veremos, Rawls pensa que, enquanto Platão, Hobbes e muitos outros filósofos políticos podem ter se preocupado com a forma como as sociedades podem ser estáveis apenas, eles geralmente pensam que a estabilidade desse tipo precisa ser imposta. Pelo contrário, em *A theory of justice* - e, com algumas qualificações, ao longo de sua obra - Rawls quer mostrar que sua concepção de justiça, a justiça como equidade, poderá ser inerentemente estável”.

Dessa forma, Rawls não abandona, em sua virada política, a questão do desenvolvimento moral. Essa questão não é facilmente percebida, já que Rawls dificilmente se refere a ela em *Political liberalism*. (WEITHMAN, 2010, p. 10). Isso não significa que as questões referentes ao desenvolvimento moral foram completamente abandonadas pelo autor, pois a questão da estabilidade segue sob a necessidade de uma dupla resposta: de uma lado, a comprovação de que uma sociedade bem-ordenada irá desenvolver um senso de justiça em seus cidadãos e, de outro lado, a noção de que a manutenção do senso de justiça será necessária para o seu bem. (WEITHMAN, 2010, p. 10). Assim, Rawls não se refere posteriormente ao desenvolvimento moral, já que continua achando adequado para sua proposta, concentrando seus esforços em corrigir a segunda parte da questão.

Cabe ressaltar que a concepção política de justiça também é uma concepção moral, mas com um objetivo específico: aplicação às instituições políticas, sociais e econômicas. (RAWLS, 1996, p. 11). Para Rawls, o foco principal dessa concepção é a estrutura básica das instituições e os princípios e critérios que se aplicarão a ela, bem como a forma como eles serão expressos no caráter e nas atitudes dos cidadãos.³² Trata-se apenas de uma visão autossustentada que tem como traço distintivo a não-dependência da justificação em relação a qualquer doutrina abrangente.

Uma das características fundamentais da concepção política de justiça é a expressão de seu conteúdo por meio de certas ideias fundamentais, implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática. (RAWLS, 1996, p. 38). Assim sendo, a cultura pública não se resume somente no que é expresso pelos ideais da constituição democrática, como em *A theory of justice*, passando a ter importância também a interpretação das tradições públicas. (RAWLS, 1996, p. 38). Deve-se levar em conta, portanto, que, em uma sociedade democrática, há uma tradição de pensamento familiar e inteligível ao senso comum de todos os cidadãos, fazendo com que as diversas instituições da sociedade, e as formas aceitas de interpretá-las, sejam vistas como um fundo de ideias e princípios implicitamente compartilhados. Assim sendo, todos os cidadãos reúnem convicções políticas profundamente arraigadas, como a tolerância e o repúdio à escravidão, devendo organizar os ideais aí implícitos em uma concepção de justiça.

³² Nesse contexto, Rawls supõe que a estrutura básica seja a de uma sociedade fechada, autossuficiente e sem relações com outras sociedades (Rawls, 1999b, p. 54; 1996, p. 12): “seus membros só entram nela pelo nascimento e só a deixam pela morte. Isso nos permite falar deles como membros nascidos numa sociedade onde passarão a vida inteira. Que uma sociedade seja fechada é uma abstração considerável, que se justifica apenas porque nos possibilita concentrarmos em certas questões importantes, livres de detalhes que possam nos distrair”.

Nota-se que em *Political liberalism*, Rawls é claramente mais sensível em relação aos ideais de liberdade positiva e participação política, característicos da tradição republicana. (MAFFETTONE, 2010, p. 220). Isso evidencia que o suposto irrealismo da questão da estabilidade em *A theory of justice* está relacionada com a questão do pluralismo. Rawls gradualmente ficou convencido de que os cidadãos de um regime liberal-democrático não são susceptíveis de chegar a um acordo sobre uma única teoria da justiça. Segundo Maffettone (2010, p. 220), a falta de realismo consiste precisamente em não apreciar essa improbabilidade, levantando a questão da estabilidade.

Rawls também expõe um aspecto considerado essencial para o denominado liberalismo político ao definir a precedência do justo sobre o bem em sua teoria da justiça. Em contraste com a questão da congruência entre o justo e o bem afirmada em *A theory of justice*, o autor afirma que o direito e o bem são complementares, determinando que nenhuma concepção de justiça pode se basear completamente em um ou em outro, mas deve combiná-los de maneira definida. (RAWLS, 1996, p. 173). Isso significa que os princípios de justiça limitam os modelos de vida permissíveis, não legitimando aqueles planos de vida que desrespeitam tais limites. (NEDEL, 1998, p. 105).

Devido às modificações propostas em relação à questão da estabilidade, Rawls pretende especificar as formas de vida que merecem adesão dos cidadãos, ao mesmo tempo em que define o espaço suficiente de tolerância ao pluralismo existente na sociedade³³. A estabilidade passa a ter relação direta com a natureza das forças que a consolidam. Assim sendo, o autor concebe que as ideias de bem admitidas devem ser políticas, fazendo supor que são passíveis de serem compartilhadas por cidadãos livres e iguais e não pressupõem nenhuma doutrina abrangente. (RAWLS, 1996, p. 176). A ideia do justo e do bem são complementares, pois Rawls não ignora que a concepção política de justiça deve considerar como princípio básico de organização que os membros de uma sociedade democrática têm um projeto racional de vida.

A questão principal aqui é defender que as premissas que especificam uma psicologia humana razoável faz com que os cidadãos que vivem sob a influência de instituições básicas justas assumem a defesa de tal ordem. (RAWLS, 1996, p. 168). Nesse contexto, Rawls afirma que a defesa e divisão dos bens primários precisam atender a certas necessidades para atingir

³³ Para Rawls (1999, p. 221; 1996, p. 174) “as instituições justas e as virtudes políticas que se espera dos cidadãos não seriam instituições e virtudes de uma sociedade justa e boa, a menos que essas instituições e virtudes não somente permitissem, mas também promovessem formas de vida inteiramente merecedoras de adesão devotada dos cidadãos. Uma concepção política de justiça deve dispor, por assim dizer, de espaço suficiente em seu interior para conter esses modos de vida. Assim, embora a justiça trace o limite e o bem mostre o alvo, a justiça não pode traçar um limite demasiado estreito”.

o plano racional de vida dos cidadãos. Assim, Rawls propõe como categorias de bens primários os direitos e liberdades fundamentais; a liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas; os poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; a renda e a riqueza; e, por fim, as bases sociais do auto-respeito. (QUINTANA, 1996, p. 163). Segundo Rawls, uma correta interpretação dos bens primários levaria à chamada “divisão social da responsabilidade”, pois, de um lado, a sociedade aceita a responsabilidade de manter as liberdades básicas, a igualdade equitativa de oportunidades e a distribuição equitativa dos bens primários entre todos os cidadãos. Esses, por sua vez, aceitam a responsabilidade em ajustar seus fins de acordo com os meios de que podem dispor, limitando seus planos racionais aos princípios de justiça. (RAWLS, 1996, p. 189). A estabilidade, portanto, é garantida pela existência de uma motivação apropriada, e não pela mera obediência às normas. (RAWLS, 1996, p. 168).

O autor em momento algum vincula a questão da estabilidade à aceitação de uma concepção de justiça através da aplicação de alguma forma de sanção. As ideias são desenvolvidas em *Political liberalism* com a intenção de, ao contrário, conquistar o apoio dos cidadãos apelando à sua razão, identificando uma base pública de justificação coerente com os juízos ponderados em equilíbrio reflexivo (RAWLS, 1996, p. 169). Assim, Rawls justifica a ideia de bem da sociedade política, destacando o bem que os cidadãos realizam, tanto como pessoas quanto como corpo coletivo, na manutenção de um regime constitucional justo. Tal ideia de bem responde às críticas de que o liberalismo político não consegue ultrapassar a concepção liberal clássica de “sociedade de fins individuais”, que abandona o ideal de uma comunidade política, não tendo nenhum fim último comum. (RAWLS, 1996, p. 202).

Dentro desse contexto, o tipo de sociedade defendida pelo liberalismo político representa um bem para as pessoas individualmente, já que o exercício de suas capacidades morais é percebido como um bem; além de representar um bem para os cidadãos, pois lhes garante as bases sociais do respeito mútuo. Por fim, ela também representa um bem social, pois requer a cooperação de muitos para ser atingido através da atividade conjunta de todos. (RAWLS, 1996, p. 204). Os contornos dados ao problema da estabilidade em *Political liberalism* expressam uma forma na qual a própria sociedade política se torna um bem em si mesma, fazendo com que todas as ideias geradas dentro de si mesma desempenhem seus papéis complementares com essa estrutura. (RAWLS, 1996, p. 207).

As questões acima expostas devem deixar claro que Rawls não abandona totalmente os aspectos trabalhados em *A theory of justice*. Conforme será analisado, a concepção política de justiça está complementada também pela concepção política de pessoa, na qual os cidadãos são considerados pessoas morais, livres e iguais. Assim, Rawls mostra-se interessado na ideia de pessoa como alguém que pode ser um cidadão, ou seja, uma fonte de preocupações e reclamações dirigidas às instituições sociais, definindo as suas próprias visões abrangentes e ajustando-as à estrutura básica da sociedade. (QUINTANA, 1996, p. 153). E, para isso, é necessário que as pessoas possuam a capacidade moral de ter um senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção do bem (no mesmo sentido exposto em *A theory of justice*).

O senso de justiça continua, portanto, desempenhando um papel fundamental na estabilização de uma sociedade justa e plural, pois permanece sendo um dos principais pontos caracterizadores dos cidadãos em Rawls, já que o autor os concebe como livres, primeiramente, no sentido de conceberem a si mesmos e aos outros como indivíduos que têm a faculdade moral de ter uma concepção do bem, implicando a independência entre a sua identidade pública e suas crenças específicas sobre o bem³⁴. Em segundo lugar, livres porque são fontes auto-autenticadoras de reivindicações válidas, estando no direito de as fazer a suas instituições de modo a promover suas concepções do bem. Isso é, segundo Rawls, completamente compatível com uma democracia constitucional, pois esses deveres e obrigações, quando não contrariam a concepção pública de justiça, autenticam-se a si próprios. (RAWLS, 1996, p. 32). E, por fim, são livres por serem capazes de assumir responsabilidades por seus objetivos, afetando a maneira de avaliar e restringir as suas próprias reivindicações frente aos princípios de justiça. (RAWLS, 1996, p. 33). Como se percebe, o senso de justiça segue sendo fundamental, principalmente, quanto a este último sentido, mas não é mais suficiente para, sozinho, demonstrar que a sociedade é inerentemente estável, garantindo a cooperação social entre todos cidadãos.

³⁴ Desta forma, são vistos pelo autor (RAWLS, 1999b, p. 73; 1996, p. 30) “como capazes de rever e mudar essa concepção por motivos razoáveis e racionais, e podem fazê-lo se assim o desejarem. Enquanto pessoas livres, os cidadãos reivindicam o direito de considerar sua própria pessoa independente de – e não identificada com – qualquer concepção específica desse tipo ou de sistema de fins últimos associados a essa concepção. Dada sua capacidade moral de formular, revisar e procurar concretizar racionalmente uma concepção de bem, sua identidade pública de pessoa livre não é afetada por mudanças em sua concepção específica do bem ao longo do tempo. Quando os cidadãos se convertem a uma outra religião, por exemplo, ou não professam mais uma fé religiosa estabelecida, não deixam de ser, em questões de justiça política, as mesmas pessoas de antes. Não há perda alguma do que podemos chamar de sua identidade pública ou institucional, nem de sua identidade em termos de lei fundamental”.

2.4 O Senso de Justiça e Coesão Social

Ao conceber sua teoria como uma concepção política de justiça, Rawls formula uma família de valores políticos significativos que se aplicam à estrutura básica da sociedade. Esses valores políticos surgem em virtude de certas características especiais da relação política como o fato de ser uma relação entre pessoas no interior de uma sociedade em que se ingressa através do nascimento e se sai através da morte³⁵. Assim, apesar de o poder político ser sempre um poder coercitivo respaldado pelo aparato estatal. (RAWLS, 1996, p. 37), em um regime constitucional fundamentado no senso de justiça, ele também é o poder de cidadãos iguais como corpo coletivo.

A caracterização do domínio político permite afirmar que a concepção política de justiça é uma visão autônoma. (RAWLS, 1999, p. 475). Destinada a ser aplicada apenas à estrutura básica da sociedade e capaz de formular os valores políticos característicos sem recorrer a valores não políticos. Dessa forma, Rawls (2003, p. 261) expõe que

A justiça como equidade afirma que, no tocante aos elementos constitucionais essenciais e a questão de justiça básica, e dada a existência de um regime constitucional razoavelmente bem-ordenado, a família de valores políticos básicos expressos por seus princípios e ideais tem peso suficiente para prevalecer sobre todos os outros valores que possam entrar em conflitos com eles. Afirma também, novamente no tocante aos elementos constitucionais essenciais, que, na medida do possível, a melhor maneira de resolver questões dessa natureza é apelando exclusivamente a esses valores políticos. É em torno dessas questões que o acordo entre aqueles que defendem doutrinas abrangentes opostas é mais urgente.

O argumento rawlsiano vai apresentar, portanto, uma nova fase em relação ao desenvolvimento do senso de justiça e a consequente estabilidade da sociedade bem-ordenada. Enquanto que a primeira fase tratava da questão de escolha dos princípios de justiça (acordo original) e a segunda da estabilidade e possibilidade de aplicação desses princípios, a terceira fase parte da necessidade de considerar se os princípios adotados podem obter a adesão das diversas doutrinas razoáveis abrangentes de uma sociedade plural e democrática. (RAWLS, 1999, p. 484). Cabe verificar se eles podem ser objetos de um consenso sobreposto.

O consenso sobreposto não configura apenas um *modus vivendi*, pois não é uma situação de aparente estabilidade, semelhante a um consenso social baseado em interesses pessoais ou em negociações políticas, em que a estabilidade apenas permanece se não

³⁵ Nas palavras de Rawls (2003, p. 260), “uma sociedade política fechada”.

houver perturbação na convergência de interesses. No consenso sobreposto, o objetivo não é apenas um consenso sobre certos arranjos institucionais, mas também que o acordo sobre os princípios políticos fundamentais seja determinado através das razões de cada uma das próprias visões abrangentes.

Rawls introduz a ideia de consenso sobreposto com o intuito de tornar mais realista sua ideia de sociedade bem ordenada. (RAWLS, 2003, P. 45). Assim para provar que esse consenso tem características sociais e psicológicas para tornar possível sua realização, Rawls apresenta um procedimento formal que, em um primeiro estágio, constitui um consenso constitucional sobre os princípios liberais de justiça política, sem ser profundo, apenas estabelecendo procedimentos democráticos que moderem a rivalidade política na sociedade.³⁶ Esse estágio cumpre a exigência política urgente de fixar, de uma vez por todas, o conteúdo de certos direitos e liberdades políticos fundamentais e de lhes conferir prioridade especial (RAWLS, 1996, p. 190). Devido à adoção de tais princípios na constituição, e ao seu senso de justiça, os cidadãos, de alguma forma, passam a alterar suas doutrinas abrangentes caso elas sejam contrárias a esses princípios liberais, garantindo-se, então, liberdades e direitos políticos fundamentais. Nesse momento, as visões abrangentes dos cidadãos tornam-se razoáveis e o pluralismo existente na sociedade passa a ser um pluralismo razoável. (RAWLS, 1999l, p. 485).

No segundo estágio, do consenso sobreposto propriamente dito, Rawls garantirá sua profundidade através do embasamento da concepção política de justiça nas ideias fundamentais de sociedade e de pessoa, reforçando a importância do senso de justiça e da psicologia moral razoável na estabilidade de uma sociedade plural³⁷. Isso traz como resultado a concretização de direitos substantivos e a importância fundamental das

³⁶ Rawls coloca que (1999b, p. 206; 1996, p. 159) “essa rivalidade diz respeito não apenas àquela entre as classes e interesses, mas também àquelas que envolvem favorecer determinados princípios liberais em detrimento de outros, quaisquer que sejam as razões disso. Embora haja concordância sobre certas liberdades e direitos políticos fundamentais – sobre o direito do voto, a liberdade de expressão e de associação políticas, e tudo o mais que os procedimentos eleitorais e legislativos da democracia requerem -, há discordância entre aqueles que defendem princípios liberais com respeito ao conteúdo e aos limites mais exatos desses direitos e liberdades, bem como com respeito a que outros direitos e liberdades devem ser considerados fundamentais e, por conseguinte, merecer proteção legal, quando não proteção constitucional. O consenso constitucional não é profundo e tampouco é amplo: seu âmbito é restrito, não inclui a estrutura básica, mas apenas os procedimentos políticos do governo democrático”.

³⁷ Segundo Rawls (1999b, p. 211; 1996, p. 164), “a profundidade de um consenso sobreposto requer que seus princípios e ideais políticos tenham por base uma concepção política de justiça que utilize as idéias fundamentais de sociedade e pessoa da forma ilustrada pela justiça como equidade. Sua extensão vai além dos princípios políticos que instituem os procedimentos democráticos, e inclui os princípios que abarcam a estrutura básica como um todo; por isso, seus princípios também estabelecem certos direitos substantivos, como a liberdade de consciência e pensamento, além da igualdade equitativa de oportunidades e de princípios que atendam a certas necessidades essenciais”.

instituições políticas e jurídicas em garantir a defesa dos preceitos instituídos no consenso constitucional.

A ideia geral de Rawls é a de que, ao longo do tempo, a partir de um *modus vivendi* instável, passando por um consenso constitucional em direção, finalmente, a um consenso sobreposto, os cidadãos ganham confiança uns nos outros e respeito pelos limites da razão pública, garantindo harmonia entre a concepção política e as visões abrangentes. O consenso sobreposto, portanto, não é apenas um acordo quanto à aceitação de certas autoridades e de arranjos institucionais. (RAWLS, 1996, p. 163). Trata-se de um apoio à concepção política que vem de um reconhecimento interior dos seus princípios como conteúdo comum em que suas visões variadas coincidem. (RAWLS, 1996, p. 164).

Assim, com base na concepção política de pessoa, afirma-se que, em primeiro lugar, os cidadãos possuem as duas faculdades morais (concepção de bem e senso de justiça) e são capazes de agir de acordo com essas concepções. Em segundo lugar, quando acreditam que as instituições sociais agem de forma justa e equitativa, os cidadãos se dispõem a fazer a sua parte ao ter garantia de que os outros também farão. Além disso, quando há intenção manifesta nesses atos, desenvolve-se uma confiança mútua entre eles, que só tende a crescer quanto mais tempo durar o sucesso dos arranjos institucionais cooperativos. (RAWLS, 1999j, p. 429).

Assim a estabilidade marcante, visada por meio do fortalecimento do senso de justiça, está baseada em uma visão política liberal que busca ser aceitável para cidadãos razoáveis e racionais, livres e iguais, endereçada à sua razão pública. (RAWLS, 1999j, p. 425). Essas afirmações, juntamente com o fato do pluralismo razoável e com as condições de escassez moderada, garantem o desenvolvimento e a estabilidade do consenso sobreposto. A possibilidade de uma sociedade pluralista e democrática, harmoniosa quanto às questões de justiça social, garante uma lealdade por parte dos cidadãos em relação à visão política de justiça pelo fato de esta ser condizente com o seu senso de justiça³⁸.

Nesse sentido, o senso de justiça significa o elemento fundamental da adesão social presente na teoria da justiça como equidade. (RAWLS, 1999a, p. 436). Vale lembrar que ele representa uma condição social na qual há necessariamente uma preocupação

³⁸ Segundo Rawls (2000c, p. 284; 1999j, p. 444-445), “precisamente por não ser geral e abrangente, uma concepção política de justiça (por exemplo, a teoria da justiça como equidade) pode estimular a eventual transformação de um mero *modus vivendi* num consenso sobreposto. O alcance limitado da concepção política junto com a flexibilidade de nossas doutrinas abrangentes dá margem para que a primeira granjeie para si um apoio inicial moldando, assim, aquelas doutrinas à medida que surjam conflitos, processo este que ocorre gradualmente na sucessão de gerações (supondo-se uma psicologia moral razoável).

fundamental entre as pessoas³⁹. A aplicação e defesa dos princípios de justiça garantem a todos uma liberdade incapaz de ser violada em nome de uma maior soma de benefícios para a sociedade como um todo. Também, através do princípio da diferença, implementa uma ideia de fraternidade responsável pelo surgimento de vínculos humanos mais fortes entre pessoas de diferentes condições sociais. Haverá, então, vínculos mútuos que ligam toda a sociedade através de seus membros.

Nesse entendimento, a afirmação de que o bem deve estar sob a justiça, ou integrado nela, tem o sentido de que toda concepção de bem permissível numa sociedade democrática liberal deve observar os princípios justos como requisitos mínimos da convivência social. (NEDEL, 1998, p. 113). Desse modo, pode-se afirmar que ideia de Rawls se aproxima muito de Hans K ung, que postula a observância dos direitos humanos fundamentais pelas religiões, como exigência mínima para o entendimento e para sobrevivência humana⁴⁰. A concep o política de justiça, fundamentada no senso de justiça, pode ser definida nessa compara o como o mínimo necessário de valores, normas e atitudes básicas humanas comuns possíveis de serem objetos de um consenso básico.

Conforme Hans K ung (1999, p. 184)

S  dos direitos humanos, por mais fundamentais que sejam para os homens , não se pode derivar nenhuma consciência  tica abrangente para a humanidade, que deve incluir também os deveres pr -jurídicos do homem. Antes de toda e qualquer fixa o jurídica e legisla o por parte do Estado existe a autonomia moral e a responsabilidade consciente própria do indivíduo humano,   qual estão ligados não apenas direitos elementares como também deveres elementares.

John Rawls insiste em afirmar que a concep o política da justiça também   uma concep o moral, devendo ser encarada como um módulo dentro das doutrinas compreensivas. Este pensamento parece representar a supera o do dualismo rígido entre direito e moral, tese clássica de Kant (1988, p. 76); e a aproxima o ao pensamento da tradi o, que considera o direito como parte de um todo maior, que   a moralidade. (NEDEL, 1998, p. 112).

³⁹ Rawls defende a ideia de que (2003, p. 207) a concep o que as pessoas que “crescem numa sociedade têm de si mesmos como cidad es se formar  em boa parte a partir da cultura política pública e a partir das concep es de pessoa e de sociedade implícitas nela. Verão a si mesmos como tendo certos direitos e liberdades básicos, liberdades estas que eles não só podem reivindicar para si mesmos mas que também têm de respeitar nos outros”.

⁴⁰ A diferença está só na representa o: o teólogo ecum nico su o encara a dignidade humana ao modo de um piso mínimo, a partir do qual podem as religiões desenvolver suas místicas particulares; e o filósofo norte-americano coloca seus princípios de justiça como teto – *overlapping consensus*, a abrigar debaixo de si as diferentes doutrinas compreensivas razoáveis. (NEDEL, 1998, p. 113)

A sociedade bem-ordenada construída com base nos princípios da teoria da justiça como equidade apresenta-se como altamente vantajosa para indivíduos que dependem uns dos outros⁴¹. Viver diante de uma organização social que estimula o senso de justiça de todos e que visa à cooperação benéfica de seus membros mostra-se condizente, segundo Rawls, com a teoria da evolução⁴². Rawls simpatiza especialmente com o conceito de "altruísmo recíproco" de Trivers⁴³, afirmando que este é um conceito capaz de dar um fundamento biológico à justiça como equidade, comprovando que o senso de justiça tem raízes profundas na natureza humana.

Rawls distingue três níveis nos quais o conceito de igualdade se aplica. (RAWLS, 1999a, p. 441). O primeiro faz referência à administração das instituições como sistemas públicos de regras. Nesse sentido, a igualdade envolve a aplicação imparcial e a interpretação consistente das regras equitativas. (RAWLS, 1999a, p. 442). O segundo nível tem relação com a estrutura substantiva das instituições, e é especificado pelos princípios de justiça. (RAWLS, 1999a, p. 442). Por fim, Rawls apresenta o terceiro nível, no qual afirma que são as pessoas éticas, capazes de ter uma concepção de seu próprio bem e um senso de justiça, que têm direito a justiça igual. (RAWLS, 1999a, p. 442). Dessa maneira, a personalidade ética potencial é uma condição suficiente para que se tenha direito à justiça igual. Segundo o autor, essa base da igualdade pode ser objeto de muitas críticas. Uma objeção comum, por exemplo, é a de que a igualdade não pode se basear em atributos naturais, devendo ser avaliada por meios puramente procedimentais. (RAWLS, 1999a, p. 443).

O autor critica essa avaliação, pois a interpretação procedimental abrange apenas o conceito de tratar casos semelhantes de forma semelhante. (RAWLS, 1999a, p. 443). Não há

⁴¹ Segundo Agra Romero (1985, p. 65), “a reciprocidade é, por consequência, a ideia que dá sentido às três leis psicológicas. A raiz última da justiça como equidade é um fato psicológico profundo constitutivo da natureza humana e condição necessária da sociabilidade. Por isso, a estabilidade das concepções de justiça depende de seu maior ou menor arranjo dessas tendências. Há de se observar, não obstante, que a ideia fundamental expressada nos textos não é mero reconhecimento de que o indivíduo é um ser social se por isso entendemos que é naturalmente sociável, senão que a sociabilidade e a cooperação social são frutos de um equilíbrio entre as aspirações próprias e as dos demais”.

⁴² Segundo Rawls (2008, p. 620; 1999a, p. 440), “a capacidade de ter um senso de justiça e os sentimentos morais é uma adaptação da humanidade ao seu lugar na natureza. Conforme afirmam os etólogos, os padrões comportamentais da espécie e os mecanismos psicológicos de sua aquisição são características suas tanto quanto os traços característicos de suas estruturas corporais”.

⁴³ Este “tipo” de altruísmo foi contextualizado por Trivers para os humanos em termos da teoria dos jogos e do dilema do prisioneiro (TRIVERS, 1971, p. 35): “o modelo aqui apresentado é projetado para mostrar como certas classes de comportamento convenientemente indicadas como altruísta (ou altruísta recíproco) podem ser selecionados mesmo quando o destinatário é tão distantemente relacionado ao organismo realizador do ato altruísta que a seleção de parentesco pode ser descartada. O modelo é aplicável, por exemplo, para o comportamento altruísta entre membros de espécies diferentes. Será argumentado que, sob certas condições, a seleção natural favorece estes comportamentos altruístas porque, no longo prazo, eles beneficiam o organismo que os executa”.

garantia de tratamento igual substantivo, já que sistemas injustos podem garantir esse requisito. A teoria da justiça como equidade apresenta uma base para igualdade muito mais simples e, ao mesmo tempo, muito mais substantiva: a capacidade mínima para o senso de justiça assegura que todos tenham direitos iguais. (RAWLS, 1999a, p. 446). Dessa forma, as reivindicações de todos devem ser julgadas pelos princípios de justiça.

Além de violar princípios de vantagem mútua e não evitar que contingências arbitrárias de um ponto de vista moral, outras interpretações da igualdade não satisfazem o valor de reciprocidade em seu mais alto nível. Rawls salienta que a concepção de igualdade fundamentada no senso de justiça abrange não apenas a questão relativa à distribuição de bens, direitos deveres, mas também uma concepção de igualdade ligada ao respeito devido às pessoas independentemente de suas condições ou posição social. (RAWLS, 1999a, p. 447).

Essa concepção ampla de igualdade é fundamental para sua teoria e deve ser garantida aos seres humanos como pessoas morais. (RAWLS, 1999a, p. 447). Conforme afirma Rawls (2008, p. 631; 1999a, p. 448)

O reconhecimento do princípio da diferença redefine os fundamentos das desigualdades sociais conforme concebidos no sistema da igualdade liberal; e, quando se concede o peso apropriado aos princípios da fraternidade e da compensação, a distribuição natural de recursos e as contingências das circunstâncias sociais podem ser aceitas com mais facilidade. Estamos mais dispostos a ponderar sobre a nossa boa sorte agora que essas diferenças nos favorecem, em vez de nos deixar abater por quanto melhor poderia ser a nossa situação se tivéssemos tido oportunidades iguais às de outras pessoas, se todas as barreiras sociais tivessem sido eliminadas. A concepção de justiça, se for realmente eficaz e reconhecida como tal, parece ter mais probabilidades do que suas rivais de transformar a nossa perspectiva acerca do mundo social e nos reconciliar com as disposições da ordem natural e com as circunstâncias da vida humana.

A concepção ampla de igualdade também é extremamente fundamental, pois aponta para a função formativa que a estrutura básica de uma sociedade tem sobre seus indivíduos e sobre a forma de sociabilidade existente⁴⁴. Rawls deixa claro, em diversas passagens de seus textos, a forma como o sistema político e econômico adotado por uma sociedade é capaz de fomentar relações justas e injustas. Os princípios de justiça reguladores das instituições básicas são escolhidos de acordo com o senso de justiça e com a capacidade de implantar uma identidade coletiva no meio social, mas a maneira como as instituições sociais e econômicas

⁴⁴ Rawls salienta (2003, p. 3) como uma das principais contribuições da filosofia política a orientação “para o modo de um povo pensar o conjunto de suas instituições políticas e sociais, assim como suas metas e aspirações básicas enquanto sociedade com uma história – uma nação – em contraposição a suas metas e aspirações enquanto indivíduos, ou enquanto membros de famílias e associações. Além disso, os membros de qualquer sociedade civilizada precisam de uma concepção que lhes permita compreender a si mesmos como membros com um certo status político – numa democracia, o da cidadania igual – e compreender como esse status afeta a relação que têm com seu mundo social”.

se comportam diante das desigualdades existentes na sociedade influencia fundamentalmente a qualidade moral da vida pública estabelecida pelo senso de justiça⁴⁵.

A estrutura básica da sociedade, portanto, define o contexto das relações humanas. A instauração de injustiças por parte dela pode fazer com que se perca o respeito mútuo e a reciprocidade no seio de uma sociedade plural. As leis psicológicas de Rawls e todo o seu argumento em torno da escolha dos princípios de justiça evidenciam a gênese social do indivíduo e a sua tendência a buscar a cooperação social com os outros. Porém, as condições nas quais se desenvolve influenciam nitidamente sua tendência a um comportamento injusto afastado de valores morais essenciais, pois os efeitos da estrutura básica sobre “as metas, aspirações e o caráter dos cidadãos, bem como sobre suas oportunidades e sua capacidade de tirar proveito delas, são profundos e estão presentes desde o início da vida”. (RAWLS, 1999e, p. 408).

Não há como negar, portanto, a profunda e penetrante influência da estrutura básica sobre as pessoas que vivem sob suas instituições. Cabe à teoria da justiça como equidade tratar das desigualdades de perspectivas de vida dos cidadãos, considerando que essas perspectivas são afetadas segundo Rawls, por três tipos de contingências. (RAWLS, 2003, p. 78):

(a) sua classe social de origem: a classe em que nasceram e se desenvolveram antes de atingir a maturidade; (b) seus talentos naturais (em contraposição a seus talentos adquiridos); e as oportunidades que têm de desenvolver esses talentos em função de sua classe social de origem; c) sua boa ou má sorte ao longo da vida (como são afetados pelas doenças ou por acidentes; e, digamos, por períodos de desemprego involuntário e declínio econômico regional).

Portanto, mesmo em uma sociedade ordenada de acordo com o senso de justiça de seus indivíduos, as perspectivas de vida serão profundamente afetadas por contingências sociais, naturais e fortuitas, e pela maneira como a estrutura básica, pela forma como dispõe as desigualdades, usa essas contingências para cumprir certas metas sociais. (RAWLS, 1996, p. 333). Essa função de uma sociedade bem-ordenada em educar os cidadãos para que reconheçam uns aos outros como livres e iguais, e expor e estimular publicamente esse ideal de justiça política é denominada por Rawls de função ampla de uma concepção política. (RAWLS, 2003, p. 79). Em contraposição, a função restrita seria a determinação dos

⁴⁵ Segundo o próprio Rawls (2003, p. 75), para desenvolver a ideia de justiça como equidade “precisamos de uma descrição não só do estado inicial justo e de acordos equitativos, mas também das condições sociais justas sob as quais acordos deverão ser selados. Mesmo que o estado inicial tenha sido justo, e as condições sociais subsequentes também tenham sido justas durante algum tempo, os efeitos acumulados de muitos acordos separados e aparentemente equitativos celebrados por indivíduos e associações tendem, num período de tempo longo, a minar as condições de fundo necessárias para acordos livres e equitativos. Uma grande quantidade de riqueza e de propriedades pode ir se acumulando em poucas mãos, e essas concentrações tendem a minar a igualdade equitativa de oportunidades, o valor equitativo das liberdades políticas e assim por diante”.

princípios básicos e regras mais essenciais a serem seguidos pela sociedade política para que seja duradoura e estável. (RAWLS, 1996, p. 333).

A função ampla da justiça como equidade estimula nos cidadãos atitudes de otimismo e confiança no futuro, e o senso de ser tratado equitativamente tendo-se em vista os princípios públicos, que são tidos como regulando efetivamente as desigualdades econômicas e sociais. (RAWLS, 1996, p. 331). Essa definição tem dentro de si a ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação social e o respeito aos ideais de igualdade (a igualdade de direitos, liberdades e oportunidades equitativas básicas) e de reciprocidade (da qual o princípio da diferença é um exemplo).

A estrutura social erguida pelos princípios de justiça também estimula as virtudes políticas quando, através da condição de publicidade, incorporam o ideal de cidadãos como pessoas livres e iguais na vida pública. (RAWLS, 1996, p. 27). Essa incorporação, junto com uma psicologia moral razoável, implica que quando instituições justas são criadas e funcionam bem, as virtudes políticas cooperativas (entre elas as virtudes da civilidade, da tolerância, da razoabilidade e do senso de justiça) são estimuladas e mantidas. (RAWLS, 1996, p. 331). Esse quadro enfoca a natureza da cultura política pública realizada pelos dois princípios de justiça e os efeitos desejáveis dessa cultura sobre a qualidade moral da vida pública e sobre o caráter político dos cidadãos⁴⁶.

Nesse sentido, que Rawls defende como alternativa ao capitalismo exacerbado uma “democracia de cidadãos proprietários” (*property-owning democracy*), caracterizada pela dignidade e inviolabilidade dos seres humanos (expressos nos dois princípios de justiça) e na qual o bem-estar e o combate às desigualdades tenham prioridade na regulação de sua estrutura política e econômica. (FREEMAN, 2007b, p. 108). A questão central é evitar que haja uma concentração de poder tanto político quanto econômico nas mãos de poucos, pois não há como desenvolver uma democracia plena, respeitosa da cooperação social, com a

⁴⁶ Segundo Rawls (2003, p. 167), “as partes tentam moldar um certo tipo de mundo social; para elas o mundo social não está dado pela história, mas pelo menos em parte, cabe a elas construí-lo. Consideram como melhor acordo aquele que garanta a justiça de fundo para todos, estimule o espírito de cooperação entre cidadãos com base no respeito mútuo, e garanta dentro dele espaço social suficiente para modos (permissíveis) de vida que mereçam plenamente a lealdade dos cidadãos”.

existência de grupos marginalizados⁴⁷. É necessário garantir um “mínimo existencial” para que os cidadãos possam se desenvolver como seres humanos livres e iguais⁴⁸.

O controle sobre as desigualdades e sobre a acumulação ilimitada de bens econômicos e políticos determinará características fundamentais a uma sociedade: em primeiro lugar, ela não será capaz de tolerar nenhuma forma de exploração e, em segundo lugar, será democrática, pois impede o surgimento de um sistema de direito que garanta sua posição dominante na vida política⁴⁹. As riquezas naturais e sociais devem estar a serviço de todos. A legitimidade do sistema político e econômico está em ser uma construção de todos os indivíduos e sua ação só é legítima se levar em conta as necessidades de cada um deles.

Nesse modelo de democracia proposto por Rawls, fica claro que o objetivo é realizar nas instituições básicas a ideia de sociedade como sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres iguais. (FREEMAN, 2007b, p. 108). Deve-se, portanto, colocar nas mãos de todos os cidadãos meios produtivos suficientes para que eles possam ser membros plenamente cooperativos da sociedade⁵⁰. Além disso, esses meios não podem abranger apenas o capital físico, mas também o capital humano, ou seja, o conhecimento e a compreensão das instituições, as habilidades e aptidões treinadas e aperfeiçoadas.

⁴⁷ Rawls critica o Estado de bem-estar social (2003, p. 195) ao afirmar que “esse regime permite desigualdades muito grandes na propriedade de bens não-pessoais (meios de produção e recursos naturais), de forma que o controle da economia e, em grande medida, também da vida política, permanece em poucas mãos. Embora, como o nome capitalismo de bem-estar social sugere, as providências para o bem-estar social possam ser bastante generosas e garantir um mínimo social decente que cubra as necessidades básicas, não há o reconhecimento de um princípio de reciprocidade que regule as desigualdades econômicas e sociais”.

⁴⁸ Na obra *Political liberalism*, Rawls já tinha imposto a seguinte mudança em relação aos princípios de justiça (1999, p. 49; 1996, p. 7): “em particular, o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicas e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades. É evidente que um princípio desse tipo tem de estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio”.

⁴⁹ Segundo Rawls (2003, p. 197), as instituições de fundo da democracia de cidadãos proprietários trabalham no sentido de dispersar a posse de riqueza e capital, impedindo assim que uma pequena parte da sociedade controle a economia, e, indiretamente, também a vida política. Em contraposição, o capitalismo de bem-estar social permite que uma pequena classe tenha praticamente o monopólio dos meios de produção”.

⁵⁰ Segundo Rawls (2003, p. 212), “um dos objetivos do ajuste dessas liberdades básicas é dar a legisladores e partidos políticos independência em relação a grandes concentrações de poder econômico e social privado numa democracia de propriedade privada, e em relação ao controle governamental e ao poder burocrático num regime socialista liberal”.

3 SENSO DE JUSTIÇA E A SOCIEDADE BEM-ORDENADA: COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A ORDEM JURÍDICA E MORAL

Rawls inicia sua obra mais famosa afirmando que o indivíduo tem uma inviolabilidade fundada na justiça que afasta qualquer cálculo de utilidades e de interesses sociais feito em nome de um modelo social ou ideológico. A pessoa é concebida como um sujeito de direitos, independentemente de convenções sociais ou legais. É sujeito de direitos enquanto que humano⁵¹.

Rawls busca, portanto, fundamentar uma concepção de justiça baseada no respeito e na dignidade humana, uma concepção capaz de “descrever nosso senso de justiça” ou “nossa capacidade ética”⁵². Esse movimento ético-político pode ser visualizado em três momentos: no reconhecimento do conflito entre os bens disponíveis escassos e o desejo ilimitado de posse por parte dos indivíduos; na instauração da sociedade bem-ordenada e, por fim, na consolidação da comunidade política onde prevalece a cooperação e o senso da justiça (PEGORARO, 1995, p. 68). É nesse último movimento, na instauração de uma sociedade bem-ordenada por meio dos princípios, buscando a consolidação de uma comunidade política caracterizada pela cooperação e pelo senso de justiça (PEGORARO, 1995, p. 68), que Rawls foca seus maiores esforços, tentando conceber uma sociedade com a concordância de todos e com mais força e estabilidade que qualquer outra sociedade, aumentando a confiança dos cidadãos quanto à organização social e econômica, e promovendo a tolerância e o respeito entre todos. (MERQUIOR, 1991, p. 207).

Tal análise é fundamental para o autor, pois ao longo de toda a sua obra, seu pensamento apresenta dois pontos complementares e convergentes: primeiro, a capacidade dos cidadãos de formarem e racionalmente perseguirem uma concepção de bem na busca da felicidade pessoal, o que, contudo, não esgota o ser humano; segundo, o senso de justiça, ou

⁵¹ “Segundo Rawls, ter a capacidade de personalidade moral é condição suficiente para ter direito a uma justiça igual. Rawls supõe que a maioria da humanidade possui a capacidade de um senso de justiça, condição suficiente para reclamar uma justiça igual. A justiça como equidade não permite que os direitos e liberdades fundamentais estejam em função da capacidade maior ou menor das pessoas. Rawls, por consequência, fundamenta a igualdade das pessoas na posse de uma capacidade natural: a capacidade do senso de justiça. E especifica claramente que o mínimo requerido se refere a capacidade, não a sua realização. É suficiente a potencialidade” (Agra Romero, 1985, p. 23)

⁵² Conforme expõe o autor (RAWLS, 2008, p. 50; 1999a, p. 48), “o que se requer é a formulação de um conjunto de princípios que, quando conjugados às nossas crenças e ao conhecimento das circunstâncias, nos levaria a emitir esses juízos com suas fundamentações, se tivéssemos de aplicar esses princípios de forma consciente e inteligente. Uma concepção da justiça caracteriza a nossa sensibilidade moral quando os nossos juízos do dia-a-dia são formulados de acordo com seus princípios. Esses princípios podem servir como parte das premissas de uma demonstração que atinge um entendimento correspondente. Não entendemos o nosso senso de justiça antes de sabermos, por sua aplicação sistemática um grande número de casos, o que são esses princípios”.

seja, a capacidade de os cidadãos entenderem os termos da cooperação social e de agirem de acordo com eles e de instaurarem uma vida coletiva a partir de princípios de justiça para regular de maneira equitativa a estrutura básica da sociedade. (RAWLS, 1999a, p. 453).

Dentro desse contexto, possuir um senso de justiça não é apenas um bem fundamental para garantir a estabilidade em uma sociedade bem-ordenada, mas é o próprio pressuposto essencial do sentido de justiça como equidade. É através dele que Rawls procura demonstrar a superioridade moral de sua teoria frente às concepções utilitaristas, já que com a implantação dos princípios construídos na posição original na sociedade acaba ocorrendo a fusão dos interesses individuais com o interesse comunitário, desenvolvendo-se ainda mais o sentimento de cooperação. O aspecto fundamental da teoria rawlsiana não fica assentado na ordenação lexical dos princípios de justiça, mas em uma “ordenação circular, característica de qualquer reflexão ética”. (RICOUER, 1997, p. 77).

Segundo Rawls, pode-se dizer que, na justiça como equidade, “os princípios escolhidos na posição original são idênticos àqueles que correspondem aos nossos juízos ponderados e, assim, esses princípios descrevem o nosso senso de justiça”. (RAWLS, 1999a, p. 47). Assim, apesar de, aparentemente, a posição original representar um rompimento total com a experiência da comunidade e com todos os valores históricos, a análise acima demonstra que a escolha dos princípios de justiça é feita de acordo com a tradição comunitária, com um senso ordinário de justiça traduzido nos juízos ponderados. (NEDEL, 2000, p. 71). Nota-se, que o senso de justiça (refletido nos juízos ponderados) é a força vital de toda teoria rawlsiana, capaz de fazer com que os cidadãos afastem a escolha de princípios que não respeitem a inviolabilidade humana⁵³. A questão fundamental é ver se os princípios escolhidos estão de acordo com nossas convicções ponderadas e se são capazes de, quando aplicados, se prolongar no tempo de uma forma aceitável.

Conforme afirma o próprio autor (RAWLS, 2008, p. 57; 1999a, p. 51)

se pudermos caracterizar o senso de justiça de uma única pessoa (instruída), é possível que tenhamos um bom ponto de partida na direção de uma teoria da justiça. Podemos supor que todos têm em si mesmos o modelo completo de uma concepção moral. Assim, para os propósitos deste livro, as concepções do leitor e do autor são as únicas que contam. As opiniões dos outros são usadas apenas para esclarecer as nossas próprias mentes.

⁵³ Nesse contexto, Paul Ricoeur evidencia a importância do argumento moral, assentada no senso de justiça, ao afirmar que “a única motivação que resta na situação original é a de parceiros comprometidos uns perante os outros em respeitarem um contrato cujos termos foram publicamente definidos e unanimemente aceites: o contrato cria laços e o compromisso constrange. Ninguém estabelecerá laços se tiver alguma dúvida acerca de sua capacidade de cumprir sua promessa” (RICOUER, 1997, p. 75)

O conceito de “senso de justiça”, essencial para a construção da teoria moral do autor, é utilizado de duas maneiras distintas. Por um lado, ele o define amplamente, como uma capacidade moral complexa para julgar assuntos como justo e injusto, bem como um desejo de agir de acordo com julgamentos de justiça. Uma pessoa que carece de um senso de justiça não só é desprovida de laços de amizade, afeto e confiança mútua, como também é incapaz de sentir ressentimento e indignação. Dito de outra forma, aquele que carece de um sentido de justiça carece de certos direitos fundamentais, atitudes e capacidades incluídas na noção de humanidade. (RAWLS, 1999a, p. 488).

Já na Parte III de *A theory of justice*, Rawls usa o conceito "senso de justiça" de forma estrita, para se referir a uma motivação moral para fazer o que as regras da justiça exigem. (FREEMAN, 2007a, p. 249). No primeiro ponto, Rawls aponta a ideia de que a humanidade tem uma natureza moral, de que o senso de justiça faz parte do desenvolvimento social normal. (FREEMAN, 2007a, p. 248). No segundo nível, o senso de justiça é a aceitação e a vontade de cumprir as regras da justiça na sociedade, independente, pelo menos parcialmente, da promoção dos próprios interesses. (FREEMAN, 2007a, p. 248). Assim, os cidadãos, segundo Rawls, ao perceberem que vivem em uma sociedade justa, reforçam seu senso de justiça, fazendo com que aumente o desejo de manter as instituições dessa sociedade⁵⁴.

Porém, antes de tudo, o uso desse conceito evidencia um objetivo moral. Rawls deixa claro que cada pessoa procura os seus fins, buscando a realização de um projeto pessoal que inclui, de início, o respeito a si mesmo. Os princípios de justiça devem proteger e estimular tais projetos, já que a dignidade moral obriga as pessoas a respeitar os projetos dos outros cidadãos. Desta maneira, o projeto de vida particular situa-se no interior de um projeto maior, realizado nas instituições públicas. (PEGORARO, 1995, p. 85). O desenvolvimento desse objetivo moral conduz Rawls ao segundo objetivo importante de sua obra: a estabilidade social, resultante do respeito aos princípios de justiça.

Dessa forma, Rawls desenvolve com profundidade o significado de estabilidade, para em seguida esboçar o desenvolvimento e a aquisição do senso de justiça, na forma como presumivelmente ocorreria, depois que as instituições justas estivessem estabelecidas e publicamente reconhecidas. Na parte final do capítulo VIII de *Uma teoria da justiça*, analisa o reconhecimento mútuo calcado nas disposições humanas de ordem psicológica e do

⁵⁴ Segundo Nedel (2000, p. 78), “com a implantação dos princípios de justiça na estrutura da sociedade, deverá acontecer inclusive mudança de motivação das pessoas: o interesse individual tende a fundir-se com o comunitário, fazendo exsurgir relações cooperativas. O desenvolvimento do ideal comunitário conduzirá a sociedade a uma significativa e ampla mobilidade social e a uma conseqüente redução considerável das desigualdades”.

reconhecimento público de um senso de justiça, que conduz os cidadãos à defesa de instituições justas⁵⁵, bem como os atributos naturais em virtude dos quais se define a base natural da igualdade. Assim, todos estes fatores elevam as pessoas à estabilização de uma sociedade que visa o bem comum, fazendo com que “a sociedade natural conviva com a sociedade erguida pelo contrato social” (PEGORARO, 1995, p. 87), objetivo máximo da teoria da justiça de Rawls.

Fica evidente que Rawls tenta mostrar como o desenvolvimento e exercício de um senso de justiça é uma parte normal do desenvolvimento individual em uma sociedade ordenada pela justiça como equidade. Isso significa que, em tal sociedade, as pessoas possuem o desejo de apoiar e manter apenas as instituições que estejam em conformidade com os princípios de justiça. (FREEMAN, 2007a, p. 245). Além do mais, isso mostra que não há nada na natureza humana que torna as pessoas incapazes de cumprir e apoiar as normas de uma sociedade regida pela justiça como equidade.

Nos seus textos posteriores, principalmente em *Political liberalism*, pode-se observar que Rawls apresenta argumentos que reforçam que o desenvolvimento de um senso de justiça é fundamental para garantir a existência de uma sociedade democrática. (RAWLS, 1996, p. 86). O autor, expressamente, designa como “verdadeira tarefa” da filosofia política delimitar e estreitar a ligação entre uma concepção de justiça e uma concepção de pessoa, sob o prisma social e político, e não através de uma teorização epistemológica. Sua tarefa é “elaborar uma concepção pública que seja aceitável para todos os que consideram sua pessoa e sua relação com a sociedade de uma determinada maneira”. (RAWLS, 1996, p. 27).

A proposta rawlsiana assume, assim, três perspectivas da razão prática em três momentos de um mesmo processo de construção (QUINTANA, 2005, p. 49): o dialógico-moral que, através da posição original, supõe a obtenção de um consenso racional; o político-contratual, onde a concepção política de justiça entra a fundamentar a possibilidade de consensos entrecruzados entre as diversas concepções omnicompreensivas, e, a partir disso, construir cooperativamente o espaço público; e, por último, o ético-contextual através do qual ocorre o reconhecimento público do senso coletivo de justiça.

⁵⁵ Dentro desse contexto, Pegoraro afirma que (1995, p. 15) “a ética consiste no cumprimento da justiça. O retrospecto histórico acima esboçado mostra que a justiça tem um aspecto subjetivo (virtude moral do sujeito) e um aspecto objetivo (princípio da ordem social). Estes dois conceitos incluem-se mutuamente. O princípio da justiça precisa do apoio da virtude da justiça e vice-versa. Os cidadãos que subjetivamente cultivam o senso de justiça procuram transpô-lo numa ordem jurídica equitativa para todos. Numa palavra, a virtude e o princípio de justiça convivem e se fortificam mutuamente. Será quase impossível uma ordem jurídica justa se os cidadãos não amam e não cultivam a virtude da justiça”.

Rawls, visando esse objetivo, define algumas “concepções-modelos” que são essenciais para o entendimento da aplicabilidade da justiça dentro das sociedades. Fundamentais para o entendimento da justiça como equidade, essas concepções são uma abstração de circunstâncias sociais gerais que tem como objetivo identificar falhas que impeçam a realização adequada de conceitos como liberdade, igualdade, justiça e democracia. (RAWLS, 1999f, p. 308). Assim, as concepções modelos de sociedade bem-ordenada, de pessoa e da posição original são “formulações particulares de noções mais gerais”. (RAWLS, 1996, p. 27), que fazem parte da estratégia metodológica do construtivismo político de Rawls. São modelos que representam normativamente a realidade da cultura pública moderna. Trata-se de uma abstração dos elementos sociais reais que visa analisar se os princípios de justiça escolhidos, quando aplicados na sociedade e nas relações sociais, são capazes de gerar a sua própria eficácia e sustentação.

É importante salientar que esse método enfatiza a concepção moral da pessoa, articulando-a com a sociedade bem-ordenada através de um procedimento de argumentação moral, ilustrado no modelo da posição original. (QUINTANA, 2005, p. 71). Dessa maneira, a condição de estabilidade do sistema não se atinge pelo equilíbrio das forças sociais, mas pelo fato de os cidadãos afirmarem e reconhecerem as instituições que satisfazem seu ideal de justiça pública. (QUINTANA, 1996, p. 73). Rawls não permanece apenas no nível de legitimação das instituições sociais básicas, defende uma fundamentação ética para a estrutura básica da sociedade, evidenciando a função social que a moralidade desempenha em sua teoria. (FELIPE, 1999, p. 111). Assim, a questão fundamental para John Rawls é a consideração do senso de justiça como uma força interna e insuperável de coesão social capaz de estimular e desenvolver a capacidade moral dos cidadãos de um modo pleno. (RAWLS, 1996, p. 143).

3.1 A Sociedade Bem-Ordenada e a Estabilidade Institucional e Jurídica

John Rawls define sociedade bem-ordenada como “aquela estruturada para promover o bem de seus membros e efetivamente regulada por uma concepção comum de justiça.” (RAWLS, 1999a, 397). De maneira direta, é uma sociedade caracterizada pelo fato de que todos seus cidadãos aceitam e sabem que os outros aceitam os princípios de justiça e que, além disso, apresenta instituições sociais básicas que respeitam e satisfazem esses princípios de maneira pública e reconhecida. (RAWLS, 1999a, 398). Assim, a concepção de justiça

adotada pelo autor é totalmente aceita com base nesses fatos⁵⁶. Essas condições fazem com que os membros de uma sociedade bem-ordenada tenham um desejo forte e efetivo de agir em conformidade com os princípios de justiça.

Portanto, quando as instituições são justas, respeitando todas as convenções publicamente aceitas e justificáveis por todos, os indivíduos inseridos em seu contexto adquirem o senso correspondente de justiça e o desejo de fazer a sua parte para manter essa organização. (RAWLS, 1999a, 398). Conclui-se, então, que uma concepção de justiça é mais estável que outra se o senso de justiça que ela gera for mais forte e mais capaz de se impor sobre inclinações desviadoras e se suas instituições não incentivam a prática de condutas ou o surgimento de tentações injustas. Trata-se de um “equilíbrio de motivos”: o senso de justiça que ela cultiva e os objetivos que encoraja devem ser mais fortes que as tendências voltadas para a prática de injustiças. (RAWLS, 1999a, 399).

Rawls procura demonstrar que a concepção de justiça como equidade é mais estável que os modelos alternativos que procura refutar, já que é mais conforme com os princípios da psicologia moral⁵⁷. Apesar de, como todo sistema social, estar sujeita a qualquer espécie de distúrbio, a sociedade erguida sob a égide dos princípios de justiça desperta forças suficientemente intensas para restaurar o equilíbrio inicial. Esse equilíbrio é facilmente restaurado, pois ele é construído em relação à justiça da estrutura básica conjugada com à conduta e o aprimoramento moral de seus indivíduos.

Portanto, segundo Rawls (2008, p. 565; 1999a, p. 401),

estabilidade significa que, sempre que as instituições se modificam, ainda permanecem justas ou aproximadamente justas, pois são feitos ajustes em razão de novas circunstâncias sociais. Os desvios inevitáveis da justiça são efetivamente corrigidos ou mantidos dentro de limites toleráveis pelas forças internas do sistema. Dentre essas forças, suponho que o senso de justiça comum a todos os membros da comunidade tenha um papel fundamental. Até certo ponto, então, sentimentos morais são necessários para garantir a estabilidade da estrutura básica no tocante à justiça.

⁵⁶ Segundo o filósofo norte-americano, “não há necessidade de recorrer a doutrinas teológicas ou metafísicas para sustentar seus princípios, nem de imaginar outro mundo que compense e corrija as desigualdades que os dois princípios permitem neste. Ou as concepções da justiça são justificadas pelas condições da nossa vida, conforme as conhecemos, ou não serão de modo algum”. (RAWLS, 2008, p. 560; 1999a, p. 398).

⁵⁷ Freeman (2007a, p. 244) diz que “uma concepção de justiça é *estável* quando, uma vez realizado nas instituições políticas, econômicas e sociais, seja capaz de gerar forças que apontam para o seu próprio apoio. Uma sociedade bem-ordenada é ‘inerentemente estável’, ou ‘*estável pelas razões certas*’, quando as forças que a apoiam são principalmente as motivações morais e o senso de justiça dos seus membros. Uma justa e estável sociedade bem-ordenada é aquela regulada de acordo com a concepção correta da justiça, ou seja, aquela que os cidadãos aceitam, e também são motivados para estar em conformidade com seus requisitos e são motivados por boas razões”.

Assim sendo, a estabilidade do sistema social está condicionada às forças internas de que se dispõe para restabelecer o equilíbrio. (WEITHMAN, 2010, p. 45). O senso de justiça é a força interna vital necessária para estabilizar a sociedade, pois domina as tendências à violação das normas de justiça. Isso significa que a concepção rawlsiana de sociedade bem-ordenada parece ir além das democracias liberais “reais” do cenário político atual, já que, enquanto essas se caracterizam como um *modus vivendi* que procura acomodar diferentes interesses sociais e políticos, a sociedade bem-ordenada proposta pelo autor norte-americano é marcada pela existência de uma vida coletiva dotada de um fundamento ético. (VITA, 1992, p. 10). Assim, a concepção de justiça que regulamenta a vida coletiva não só é justificada publicamente, como também é individualmente reconhecida por cada um dos membros da sociedade, pois o autor inclui no conceito de sociedade bem-ordenada “a plena autonomia de cada pessoa em sentido ético, aponta para o ideal das virtudes pessoais comunitárias”. (PEGORARO, 1995, p. 80).

Rawls parte da ideia de que os limites de uma sociedade bem-ordenada são “dados pela noção de uma comunidade nacional autônoma”. (AGRA ROMERO, 1985, p. 62). Isso deixa claro que o autor procura demonstrar que “estabilidade” não significa “imutabilidade”, pois as mudanças nas instituições e nos costumes são inerentes a tal tipo de sociedade, evidenciando ainda mais a necessidade de reajustes e adaptações dos princípios de justiça. A busca da justiça não só não desestabiliza a sociedade, como a fortalece, já que ela se centra na racionalidade e razoabilidade da pessoa. A justiça, portanto, se reforça ao ser quista. (NEDEL, 2000, p. 52).

Uma possível instabilidade gerada por essas mudanças serão eliminadas por “sentimentos fortes e duradouros” de justiça⁵⁸. Tal caracterização de sociedade acaba impondo certos limites, definindo quais formas de atitudes são dignas e que tipos de pessoas os cidadãos deveriam ser, qualificando o ideal moral dessa teoria nos princípios fundamentais da ética⁵⁹.

⁵⁸ “Rawls afirma que a aceitação de uma concepção da justiça depende dos efeitos que essa concepção gerar, ou seja, para ser aceitável, deve ser capaz de contribuir para sua própria realização, inspirando e sustentando a disposição dos cidadãos para organizar sua sociedade. Seu foco é os ‘obstáculos internos’, aqueles que interferem em uma sociedade justa a longo prazo, podendo desestabilizá-la” (POGGE, 2007, p. 135).

⁵⁹ Devido a esse fato, a proposta de sociedade oferecida por Rawls se apresenta também como uma alternativa ao perfeccionismo, pois em tal arranjo social não pode haver a promoção das condições dos mais capazes, permitindo a exploração de parcela da população em nome de uma aristocracia ou de supostos super-homens (NEDEL, 2000, p. 27).

Vale lembrar que, para o autor, a estrutura básica da sociedade bem-ordenada é constituída por suas principais instituições políticas, econômicas e sociais⁶⁰, constituindo um complexo importante, dada a natureza profunda e penetrante de seus efeitos sociais e psicológicos. (RAWLS, 2000e, p. 3). Os princípios, dessa forma, assumem o papel da justiça, fornecendo uma atribuição de direitos e deveres fundamentais e determinando a divisão de vantagens da cooperação social. (RAWLS, 1999a, p. 50). Rawls, ao ordenar essas instituições sociais seguindo o direcionamento dos princípios de justiça, sobrepondo-os aos interesses próprios, não propõe ou defende auto-sacrifício, pois, ao formular a concepção do justo, as partes levam em conta seus interesses da melhor maneira possível. (RAWLS, 1999a, p. 135).

A capacidade de ter um senso de justiça é de conhecimento público das partes. Significa que elas podem confiar umas nas outras no sentido de que todas entendem e agem de acordo com os princípios acordados, quaisquer que sejam eles. Uma vez reconhecido um acordo, portanto, elas sabem que esse acordo não existe em vão: “a sua capacidade para um senso de justiça assegura que os princípios escolhidos serão respeitados”. (RAWLS, 1999a, p. 138). O filósofo norte-americano tenta evidenciar que nenhuma sociedade se caracteriza como um sistema de cooperação literalmente aceito pelos homens, já que ninguém teve a possibilidade de escolher a sociedade em que iria nascer e viver⁶¹. Portanto, uma sociedade justa que mais se aproximasse de um sistema voluntário, no qual cada indivíduo, se tivesse tido essa possibilidade, teria escolhido, para nela nascer, seria aquela na qual a ordenação tivesse sido baseada nas escolhas que pessoas morais, livres e iguais tivessem formulado. (RAWLS, 1999a, p. 10).

Assim, uma sociedade justa e estável, para Rawls, é aquela a cuja estrutura básica se aplicam os princípios de justiça, pois a aplicação deles formaria um liberalismo igualitário, garantindo as liberdades civis e políticas e limitando as desigualdades. (RAWLS, 1996, p. 156).

Segundo Vita (2008, p. 161),

liberalismo igualitário identifica, aqui, a posição normativa de que uma sociedade justa é comprometida com a garantia de direitos básicos iguais e uma parcela

⁶⁰ Segundo José Nedel (2000, p. 48), “pertencem à estrutura básica a constituição política, as formas da propriedade legalmente reconhecidas, a organização da economia, a concepção da família, etc. Com ela tem a ver o modo de distribuição dos direitos e deveres fundamentais e a divisão das vantagens da cooperação social”.

⁶¹ Segundo Rawls (1999b, p. 181; 1996, p. 136), “parece que simplesmente nos materializamos, por assim dizer, vindos de lugar nenhum, nessa posição do mundo social, com todas as suas vantagens e desvantagens, de acordo com a nossa boa ou má sorte. Digo de lugar nenhum porque não temos uma identidade pública ou não-pública anterior: não viemos de outro lugar para entrar nesse mundo social. A sociedade política é fechada: estamos dentro dela, não entramos ou saímos voluntariamente; na verdade, não podemos fazê-lo”.

equitativa dos recursos sociais escassos a todos os seus cidadãos. A ideia central desse ideal normativo se apoia em uma divisão social de responsabilidades entre a sociedade e seus membros individuais. À sociedade cabe a responsabilidade de dar forma a uma estrutura institucional que propicie direitos e oportunidades a todos, sem distinção de qualquer tipo [...]; aos cidadãos individualmente, cabe decidir que uso farão desses recursos institucionalmente garantidos em suas vidas”.

Trata-se de gerar uma “preocupação” relativa à justiça da sociedade, capaz de garantir, além das bases do autorrespeito, a confiança de que todos estão aptos a fazer a sua parte e seguir os ditames da justiça como equidade. (FREEMAN, 2007a, p. 244). A disposição das pessoas em propor e seguir os princípios e normas da cooperação social, portanto, será objeto de uma análise profunda por Rawls em seus textos posteriores. A questão de garantir uma ampla gama de liberdades básicas de um indivíduo é proposta pelo autor no que ele chama de "bases sociais" do autorrespeito na estrutura básica da sociedade. (RAWLS, 1996, p. 266). A análise de Rawls, portanto, por meio do que ele chama de construtivismo kantiano, parece recorrer a uma concepção complexa de pessoa e de sociedade (ambas delimitadas pela concepção-modelo de posição original), vendo as pessoas como membros de uma sociedade política caracterizada como um sistema equitativo de cooperação social. Nota-se que o autor supõe como fundamental que as pessoas possuam a capacidade de ter um senso de justiça, reforçando a ideia de cooperação social inerente à sociedade rawlsiana. (RAWLS, 1996, p. 93).

Nesse contexto, Rawls volta a salientar que uma sociedade é uma associação natural, não sendo, portanto, voluntária ou intencional, pois “recruta” seus membros por nascimento. (RAWLS, 1996, p. 135). Seu único objetivo deve ser fazer efetiva uma concepção pública de justiça. Além disso, já que as pessoas vivem na sociedade durante toda sua vida, a estrutura básica irá determinar, de maneira profunda, suas perspectivas de vida. (BARRY, 1989, p. 252). É fundamental, então, que a sociedade bem-ordenada realize e estimule ações compatíveis com o sentido de responsabilidade social, política e econômica compatíveis com a mais elevada qualidade do ser humano como pessoa moral.

O autor enfatiza que o papel social de uma concepção de justiça consiste em permitir a “todos os membros da sociedade compreenderem por que as instituições e as disposições básicas que compartilham são aceitáveis”. (RAWLS, 1999f, p. 304). Cabe à filosofia política definir e tornar explícitas as noções e princípios, de uma cultura democrática pública, latentes em um senso comum. (RAWLS, 1999f, p. 305). Ela deve propor princípios fundamentados no

cerne de tradições históricas importantes, capazes de formular as bases mais profundas de um acordo baseado no bom senso⁶².

Nota-se que uma inovação importante nos escritos recentes de Rawls é o desenvolvimento de sua teoria da personalidade moral. Rawls afirma que ela “representa a auto-compreensão dos membros de uma sociedade democrática, e não um ideal metafísico”. (BELLAMY, 1994, p. 416). Rawls encontra na história das lutas políticas e sociais dos últimos séculos os marcos que delineiam a própria vontade moral: a paixão pela liberdade e pela igualdade, e o desejo de criar um sistema político-jurídico justo. (FELIPE, 1999, p. 106). Dessa forma, os membros de uma sociedade pluralista naturalmente buscarão reduzir o conflito e encontrar formas de cooperação social justa⁶³.

Rawls procura descobrir as ideias fundamentais relativas à liberdade, à igualdade, à cooperação social e à pessoa por meio de suas “concepções-modelos”. (RAWLS, 1999f, p. 307). Assim, para julgar se a doutrina que dela resulta preenche sua finalidade, é preciso ver como ela funciona e, uma vez enunciada, se ela é capaz de propor uma concepção satisfatória da relação pessoal com a sociedade. (RAWLS, 1999f, p. 308).

Apesar do forte apelo idealista apresentado nesses conceitos, há, no desenvolvimento de tais ideias, circunstâncias essenciais, como a questão do senso de justiça, que dão contornos realistas à concepção de justiça rawlsiana. A concepção política de justiça apresenta, através da ideia de construtivismo político, o problema da estabilidade como a busca por um consenso moral condizente com a concepção de pessoa como “ser livre e igual”. Rawls comprova que a sua teoria da justiça continua dependente do fato de que os indivíduos tenham um senso de justiça forte e duradouro. Continua apelando, como diria Rousseau (1995, p. 288), ao “coração dos homens” como o grande protetor do Estado, mas também parece dar contornos especiais à problemática jurídica dentro do pensamento de Rawls.

⁶² Segundo Rawls (2000b, p. 51; 1999f, p. 306), “a tarefa consiste em elaborar uma concepção pública da justiça que seja aceitável para todos os que consideram sua pessoa e sua relação com a sociedade de uma determinada maneira. Mesmo que isso implique ter de resolver dificuldades teóricas, a tarefa social e prática continua sendo primordial. O que justifica uma concepção de justiça não é, portanto, que ela seja verdadeira em relação a uma determinada ordem anterior a nós, mas que esteja de acordo com a nossa compreensão em profundidade de nós mesmos e o fato de que reconhecemos que, dadas a nossa história e as tradições que estão na base da nossa vida pública, ela é a concepção mais razoável para nós”.

⁶³ Richard Rorty analisa criticamente a ideia de fundamentar uma teoria da justiça não na história da filosofia ocidental, mas na história das lutas democráticas. Segundo ele (RORTY, 1991, p. 183), “Rawls não acredita que, para propósitos de teoria política, nós precisamos pensar nós mesmos como possuidores de uma essência que precede e antecipa a história”. Para Rorty, é necessário fundamentar uma concepção de justiça em uma convicção mais profunda, capaz de superar a mera aceitação de uma tradição histórica qualquer.

3.2 O Problema da Justificação: A Posição Original e o Equilíbrio Reflexivo

O ideal de sociedade como sistema equitativo de cooperação social é o marco inicial e constante em toda a teoria de justiça de John Rawls. As duas “concepções-modelos” básicas na sua teoria são as de “sociedade bem-ordenada” e de “pessoa moral”, e sua relação serve para “destacar os aspectos essenciais da nossa concepção de nós mesmos como pessoas morais e da nossa relação com a sociedade enquanto cidadãos livres e iguais”. (RAWLS, 1996, p. 52). A posição original é a terceira concepção-modelo, cabendo a ela desempenhar um “papel mediador”, estabelecendo os termos que irão reger a relação social entre pessoas livres e iguais. Porém, como será analisado, é bastante problemático analisar o procedimento da posição original sem levar em conta a ideia de equilíbrio reflexivo.

Rawls apresenta inicialmente a posição original como o *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos. (RAWLS, 1999a, p. 17). Segundo o autor, a concepção de justiça mais apropriada para a estrutura básica de uma sociedade democrática “é aquela que seus cidadãos adotariam numa situação equitativa em relação a si mesmos e seriam representados unicamente enquanto pessoas morais, livres e iguais”. (RAWLS, 1999f, p. 310). A posição original, portanto, transmite a ideia de que os princípios da justiça serão originados a partir de um acordo concluído em uma situação igualitária⁶⁴.

Deve-se levar em conta que Rawls, coerente com sua preocupação em defender o fato do pluralismo razoável, característico das sociedades democráticas modernas, procura construir um critério público objetivo para a estrutura básica da sociedade que possa ser assumido por todos com base em seus juízos morais abrangentes. (SILVEIRA, 2009, p. 141). A marca fundamental, portanto, da posição original é justamente a escolha de princípios de

⁶⁴ Nota-se que os termos equitativos de cooperação social têm origem em um acordo celebrado por aqueles comprometidos com ela. Conforme o filósofo norte-americano: “às vezes, ouvimos referências ao chamado projeto iluminista de uma doutrina filosófica secular, uma doutrina baseada na razão e, mesmo assim, abrangente. Pensava-se que essa doutrina seria, então, apropriada para o mundo moderno, agora que, supostamente, a autoridade religiosa e a fé da era cristã já não predominam mais. Se existe ou existiu algum dia um projeto iluminista desse tipo é algo que não precisamos considerar, pois, seja como for, o liberalismo político, tal como o vejo, e a justiça como equidade, como uma de suas formas, não têm essas ambições. Como já disse, o liberalismo político considera ponto pacífico não somente o pluralismo, mas o fato do pluralismo razoável; e, além disso, supõe que, entre as principais doutrinas abrangentes e razoáveis existentes, algumas sejam religiosas [...] O problema do liberalismo político consiste em formular uma concepção de justiça política para um regime democrático constitucional que a pluralidade de doutrinas razoáveis - característica da cultura de um regime democrático livre - possa endossar. Não se pretende substituir essas visões abrangentes, nem lhes dar um fundamento verdadeiro. Na realidade, tal pretensão seria enganosa, pois a finalidade do liberalismo político é outra. Parte da suposta complexidade do liberalismo político [...] decorre da aceitação do pluralismo razoável. Porque, ao aceitá-lo, presumimos que, num consenso sobreposto ideal, todo cidadão endossa tanto uma doutrina abrangente quanto uma concepção política focal, relacionadas de alguma forma” (RAWLS, 1999b, p. 26; 1996, p. XX).

justiça, efetivos e públicos, para uma sociedade bem ordenada, destinados à distribuição justa dos bens, e para a cooperação social entre pessoas que se consideram livres e iguais. (RAWLS, 1999f, p. 311). Por isso, há a necessidade de construção de todo um processo racional que garanta o acesso de todos aos bens sociais primários, sem que haja benefícios individuais derivados das especificidades que colocam os homens em disputa.

Trata-se de uma situação puramente hipotética, que não tem a pretensão de englobar todos os membros de uma sociedade em determinada época, mas de definir uma maneira de conduzir a certa concepção da justiça que possa ser adotada a qualquer momento. Ela deve ser considerada como um instrumento adequado para que as partes racionais, que representam os cidadãos reais, escolham os princípios de justiça com base na valorização de suas faculdades morais básicas (a capacidade de conceber o bem e de ter um senso de justiça). Dentro desse contexto pode-se afirmar que as partes, na posição original, são iguais, já que cada uma pode fazer propostas e apresentar razões para sua aceitação. A finalidade dessa condição, como o próprio Rawls propõe, é representar a igualdade entre os indivíduos como pessoas éticas, “como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça”. (RAWLS, 1999a, p. 19). Diferentemente de Hobbes e Kant, Rawls não avalia negativamente a convivência pré-estatal e pré-jurídica, mas positivamente, já como uma sociedade que visa a cooperação para a vantagem recíproca, na qual só falta o devido regramento. (HOFFE, 1998, p. 30)

Dessa maneira, os parceiros são descritos na posição original como seres autônomos sob dois pontos de vista. Em primeiro lugar, conforme exposto, eles não precisam, nas suas deliberações, aplicar ou seguir princípios de justiça prévios e anteriores. E em segundo lugar, eles não são mobilizados por seus interesses superiores e por sua preocupação em efetivar seus fins últimos, determinados, ainda que desconhecidos, pois é na base do desejo pelos bens primários que se encontram os interesses superiores da personalidade moral e a necessidade de garantir a sua própria concepção de bem⁶⁵. Desse modo os parceiros não fazem mais do que assegurar as condições necessárias para o exercício das faculdades que os caracterizam enquanto pessoas morais. (HOFFE, 1991, p. 72).

⁶⁵ Segundo Rawls (2000b, p. 63; 1999f, p. 313), as razões que têm os parceiros para preferirem os bens primários são as seguintes: “(I) as liberdades básicas (liberdade de pensamento, de consciência etc) são as instituições do contexto social necessárias para o desenvolvimento e o exercício da capacidade de escolher, de revisar e de efetivar racionalmente uma certa concepção do bem. Do mesmo modo, essas liberdades permitem o desenvolvimento e o exercício do senso da justiça em condições sociais caracterizadas pela liberdade... (V) as bases sociais do respeito sociais por si mesmo são constituídas pelos aspectos das instituições básicas que são, em geral, essenciais para os indivíduos a fim de que eles adquiram uma noção verdadeira de seu próprio valor enquanto pessoas morais e para que sejam capazes de concretizar os seus interesses de ordem mais elevada e de fazer progredirem os seus próprios fins com entusiasmo e confiança”.

A principal ideia é que a posição original conecta a concepção de pessoa e sua concepção afim de cooperação social com certos princípios específicos de justiça. A conexão entre esse dois conceitos filosóficos é feita pela descrição das partes, nesta posição, como representantes racionalmente autônomos de cidadãos da sociedade. (RAWLS, 1999f, p. 304). Elas são motivadas exclusivamente por considerações relativas a favorecimentos às concepções determinadas do bem das pessoas que representam. Desse modo, todo argumento que inspire as partes a adotar princípios que garantam o desenvolvimento do senso de justiça deve estar de acordo com essa restrição. (RAWLS, 1999f, p. 316). Porém, Rawls pressupõe que os cidadãos têm a capacidade de ter um senso de justiça, mas esse pressuposto é meramente formal.

Assim, além de uma “autonomia racional” há também uma noção de “autonomia completa”, efetivada pelos cidadãos de uma sociedade bem-ordenada no decorrer de suas vidas. Seus traços fundamentais, entretanto, aparecem na posição original. Conforme acima exposto, devido às restrições impostas pelo “véu de ignorância”, os participantes não possuem uma autonomia plena, mas somente uma autonomia parcial, racional. (RAWLS 1999f, p. 316). As partes racionais são motivadas moralmente, na posição original, pelos bens primários, isto é, os bens que qualquer um desejaria para realizar sua própria concepção de bem viver. Portanto, a escolha dos princípios fundamentais acontece de forma estritamente racional. Elas agem somente induzidas pelas “circunstâncias de justiça”, explicitando sua autonomia racional, como representantes racionalmente autônomos dos cidadãos, restritos as condições da posição original.

Porém, nesse quadro, o razoável (reciprocidade quanto aos termos equitativos da cooperação social) também está expresso no seu condicionamento ao racional. Conforme o próprio autor (RAWLS, 2000b, p. 69; 1999f, p. 317), o razoável

define os termos equitativos da cooperação que seriam aceitos por todos os membros de um grupo qualquer, constituído por pessoas identificáveis separadamente, cada um deles possuindo e exercendo as duas faculdades morais que indicamos. Todos têm uma concepção do seu bem, que permite definir onde está a sua vantagem racional, e cada um tem, de forma geral, um senso efetivo de justiça, isto é, a capacidade de respeitar os termos equitativos de cooperação. O Razoável pressupõe o Racional porque, sem as concepções do bem que mobilizam os membros do grupo, a cooperação social não teria sentido algum, como tampouco o teriam as noções de justo e de justiça, ainda que uma cooperação desse tipo concretize valores que vão muito além do que podem propor concepções do bem tomadas isoladamente.

Dessa maneira, o razoável é expresso na posição original pelo conjunto dos cerceamentos recaídos sobre a deliberação dos participantes, como as condições de

publicidade, o véu de ignorância e a simetria da situação dos parceiros, a estipulação de que a estrutura básica seja o objeto primordial da justiça. Essas condições estão ligadas a escolha das regras públicas que delimitam esse procedimento, procurando evitar os conflitos desnecessários relativos ao propósito da teoria da justiça como equidade⁶⁶. A determinação de tais regras faz com que, posteriormente, os cidadãos sejam capazes de pensar como se fossem os representantes na posição original e faz também com que o procedimento conduza aos dois princípios de justiça. (RAWLS, 1999f, p. 316). Nesses termos, a razoabilidade está representada nos termos e condições que as pessoas reais estabelecem, como cidadãos razoáveis, utilizando a posição original como mediadora dos conflitos políticos⁶⁷. Assim, a partir do momento que tais princípios são colocados em prática na sociedade bem-ordenada, os cidadãos se tornam racionais e razoáveis simultaneamente. (RAWLS, 1999f, p. 316).

Essa razoabilidade possibilita que os cidadãos desenvolvam e orientem-se pelo senso de justiça. O fato de serem razoáveis significa uma sensibilidade moral caracterizada por uma disposição em propor e se sujeitar a termos equitativos de cooperação social, e de reconhecer que os limites do juízo restringem aquilo que pode ser justificado perante os outros. (RAWLS, 1996, p. 81). Além disso, ser razoável significa que eles só professam doutrinas abrangentes razoáveis, que são membros cooperativos da sociedade (e assim querem ser reconhecidos) e, por fim, possuem uma psicologia moral razoável. (RAWLS, 1996, p. 81) As partes representativas usam apenas a racionalidade para escolher os princípios de justiça (autonomia racional), mas há também a autonomia plena, na qual tanto a racionalidade como a razoabilidade estão juntas. (RAWLS, 1999f, p. 305). Essa autonomia plena, em que ambas faculdades morais são exercidas conscientemente pelos cidadãos, só se efetiva na sociedade bem-ordenada. Contudo, o senso de justiça e os termos razoáveis de cooperação devem estar assegurados desde a representação na posição original. Assim, a capacidade de ter um senso de justiça para tomar decisões razoáveis torna-se viável através das restrições que o véu de ignorância impõe às partes.

⁶⁶ Segundo Wolff (1977, p 60), “há que se notar, não obstante, que o razoável pressupõe e subordina o racional: é o primeiro que define os termos equitativos da cooperação, aceitável por todos; mas pressupõe o racional porque sem garantir a vantagem racional de cada uma das partes não cabe cooperação social. E o primeiro subordina o segundo porque seus princípios limitam – sobretudo de uma perspectiva kantiana – os fins que podem pretender-se”.

⁶⁷ Segundo Rawls (2003, p. 9), “pessoas razoáveis são aquelas dispostas a propor, ou a reconhecer quando outros o propõem, os princípios necessários para especificar o que pode ser considerado por todos como termos equitativos de cooperação. Pessoas razoáveis também entendem que devem honrar esses princípios, mesmo à custa de seus próprios interesses se as circunstâncias o exigirem, desde que os outros também devam honrá-los. É insensato não estar disposto a propor tais princípios, ou não honrar termos equitativos de cooperação que, espera-se, os outros possam razoavelmente aceitar; é pior que insensato quando a pessoa apenas parece ou finge propô-los ou honrá-los, mas está disposta a violá-los em benefício próprio assim que a ocasião o permitir”.

Segundo tal distinção, há cidadãos plenamente autônomos e cidadãos com autonomia racional. Rawls elabora finamente esta distinção, pois esses termos permitem conciliar de maneira mais convincente o egoísmo racional e o sentido moral na posição original. (POGGE, 2007, p. 235). A intenção do autor será inteiramente mal compreendida se as deliberações dos parceiros e sua autonomia racional se confundirem com a autonomia completa. Essa última é um ideal moral e faz parte do ideal mais amplo de uma sociedade bem-ordenada.

Além disso, em uma sociedade bem-ordenada, estipula-se que a justificação dos princípios de justiça, por ser o resultado da posição original, é objeto de um acordo político. (RAWLS, 1999f, p. 320). Dessa forma, não só os cidadãos têm o desejo de ordem superior (senso de justiça) de agir segundo princípios de justiça, como também compreendem que esses princípios são resultados de uma construção que respeita a sua condição de pessoa moral, livre e igual. Portanto, ao defenderem esses princípios em sua vida pública, estarão exprimindo sua autonomia completa.

Nota-se que a concepção mediadora da posição original permite vincular os princípios de justiça à concepção de pessoa como livre e igual, fazendo com que o senso de justiça, de agir conforme os princípios seja um desejo de ordem superior em relação às inclinações naturais. (RAWLS, 1999f, p. 320). Dessa forma, a concepção-modelo da posição original, abordada sob a perspectiva política, é um procedimento de construção apto a estabelecer os fundamentos de uma sociedade justa em que diferentes cidadãos, com diferentes doutrinas morais, possam conviver pacificamente e socialmente de forma recíproca⁶⁸.

A importância do acordo original reside no fato de possuir apenas vínculos racionais, já que não cria obrigações, nem punições ou recompensas. Dessa forma, a justiça se consolida em convicções, impulsionando e motivando as pessoas a agirem conforme o que se considera justo. (RAWLS, 1999f, p. 317). O acordo atingido na posição original pactua a imposição de uma ordenação às reivindicações conflitantes, evitando o apelo à força na construção de uma ordenação que não se baseia em certos aspectos das pessoas. Assim sendo, a posição original acaba por justificar publicamente os princípios de justiça através de um procedimento coerentista, recorrendo aos juízos morais

⁶⁸ Conforme Audard (2000, p. 23), “apenas raramente somos essas pessoas racionais e livres, imparciais e objetivas, mas o único meio de saber onde está a justiça nos casos particulares, sem fazer intervir princípios transcendentais nem verdades reveladas e autoritárias, é adotar o ponto de vista desses contratantes imaginários e artificiais numa situação original ideal e raciocinar segundo os princípios que eles escolheriam”.

comuns das pessoas⁶⁹. Ao recorrer aos juízos ponderados dos cidadãos, Rawls dá ênfase na sua justificação moral ao senso de justiça dos indivíduos. Ele, porém, não apela para uma justificação fundacionalista, pois busca apenas apresentar uma relação de coerência entre estes juízos ponderados e princípios de justiça para alcançar a estabilidade social.

Conforme Silveira (2009, p.146)

Isso caracteriza a posição original como um procedimento de prova, pois os princípios de justiça distinguem os juízos ponderados, isto é, o senso de justiça, que é tomado intuitivamente como ponto de partida ou como prova indireta da validade dos princípios. Veja-se que neste procedimento há dois elementos interconectados: (1) Elemento deontológico: situação inicial de igualdade em que as partes escolhem sob o véu da ignorância, partes que são representantes de pessoas racionais e morais; (2) Elemento teleológico: os princípios de justiça escolhidos caracterizam o senso de justiça, isto é, os juízos ponderados são resultados de uma equilibrada reflexão.

Nota-se que a construção da posição original, no pensamento de Rawls, faz com que os princípios sejam aceitáveis de um “ponto de vista social”, pois apresenta a ideia de igualdade dos homens como pessoas morais. Essa igualdade equivale à renúncia de superioridades físicas, econômicas, emocionais, intelectuais, significando um ato de reconhecimento recíproco dos homens como pessoas livres e iguais. (HÖFFE, 1998, p. 40). Isso significa que na sociedade rawlsiana há uma “igualdade moral” de fato, já que todos os indivíduos na situação inicial se encontram no mesmo patamar, pois são iguais nas decisões que dizem respeito à estrutura básica da sociedade. (VITA, 1999, p. 479), não se sentindo inferiorizados aos outros cidadãos.

Essa questão se faz mais evidente, já que deixa claro que o procedimento da posição original não apenas utiliza um critério formal de representação, mas também recorre aos juízos ponderados (*considered judgments*) dos indivíduos para a justificação dos princípios, aproximando-se fortemente da ideia de equilíbrio reflexivo. Assim, partindo dos juízos morais concordantes em uma tradição democrática, procura-se justificar os princípios de justiça para que esses sirvam de referência normativa aos desacordos morais⁷⁰. A justificação da teoria

⁶⁹ Segundo Silveira (2009, p. 145), “visto dessa maneira, é importante esclarecer o papel e o alcance da posição original como um procedimento coerentista, e não como um procedimento fundacionalista, em que os princípios seriam simplesmente deduzidos dos pressupostos da situação inicial. A posição original significa uma tentativa de harmonizar em um único sistema os pressupostos filosóficos razoáveis para a determinação dos princípios e os juízos morais comuns sobre a justiça (...) Dessa forma, a posição original tanto é um recurso de exposição que resume o significado dos postulados para os princípios que se podem aceitar como razoáveis, quanto é um critério intuitivo por sugerir sua própria elaboração”.

⁷⁰ Segundo Rawls (2003, p. 41), “estes são juízos realizados sob condições em que nossa capacidade de julgamento pôde ser plenamente exercida e não foi afetada por influências distorcidas. Juízos refletidos são aqueles proferidos quando as condições são favoráveis ao exercício de nossas faculdades da razão e senso de justiça: ou seja, sob condições em que parecemos ter a capacidade, a oportunidade e o desejo de fazer um julgamento correto”.

moral de Rawls, portanto, está fixada na plena coincidência entre os juízos e os princípios de justiça na posição original. Além disso, o senso de justiça realizará a função de tornar esses juízos objetivos sem recorrer a critérios metafísicos incompatíveis com a ideia de justiça política. Nesse sentido, pode-se afirmar que os princípios de justiça escolhidos caracterizam o senso de justiça.

Tal perspectiva deixa claro que há duas ideias distintas de justificação em Rawls.(MANDLE, 2009, P. 40). Uma caracterizada pelo método da posição original, visando garantir um caráter racional à escolha dos princípios de justiça. E a segunda caracterizada pelo equilíbrio reflexivo, o que evidenciaria a intenção de Rawls de impedir que o processo de escolha dos princípios seja tratado como um procedimento meramente formal, já que o resultado final da escolha é coerente com nossas convicções bem ponderadas acerca da justiça postas em equilíbrio reflexivo amplo. Assim, as pessoas defenderiam tais princípios em razão de suas convicções comuns compartilhadas. A concepção de justiça a ser adotada na posição original não pode deixar de levar em conta a capacidade de senso de justiça dos cidadãos.

Segundo Rawls (2008, p. 25; 1999a, p. 19), o equilíbrio reflexivo representa

a tentativa de acomodar em um único sistema tanto os pressupostos filosóficos razoáveis impostos aos princípios quanto nossos juízos ponderados de justiça. No processo de chegar à interpretação mais adequada da situação inicial, não há um ponto onde se apele ao que é evidente por si mesmo no sentido tradicional, quer de concepções gerais, quer de convicções específicas. Não afirmo que os princípios de justiça propostos sejam verdades necessárias ou dedutíveis de tais verdades. Não se pode deduzir uma concepção de justiça de premissas axiomáticas ou de condições impostas a princípios; mais precisamente, a justificação de tal concepção é uma questão de corroboração mútua de muitas ponderações, do ajuste de todas as partes em uma visão coerente.

Percebe-se que o equilíbrio reflexivo exerce papel central na concepção política de justiça, estabelecendo uma teoria normativa da escolha pública em harmonia com o senso de justiça. Assim, ele permite uma justificação pública da concepção moral específica para a estrutura básica da sociedade, permanecendo restrita às ideias fundamentais que se encontram na cultura política pública de uma sociedade democrática, como a ideia de uma sociedade como um sistema equitativo de cooperação social. Rawls fortalece essa perspectiva ao separar o equilíbrio reflexivo em equilíbrio reflexivo restrito (*narrow*) e um equilíbrio reflexivo amplo (*wide*). O equilíbrio reflexivo restrito se refere à concepção política de justiça que menos exige revisão dos juízos iniciais da pessoa sem fazer referência às distintas concepções de justiça. (RAWLS, 2003, p. 43), enquanto que o equilíbrio reflexivo amplo somente é

alcançado quando alguém considerou cuidadosamente outras concepções de justiça e a força de todos os seus argumentos em uma reflexão abrangente.

Diante disso, torna-se evidente que Rawls faz uso do procedimento do equilíbrio reflexivo amplo ao relacionar a escolha dos princípios de justiça aos juízos ponderados e à multiplicidade de alternativas de concepções de justiça a serem escolhidas na posição original⁷¹. Assim, Rawls afirma que a noção de justificação não é fundacionalista, pois não se leva em conta que um tipo de juízo refletido de justiça política carregue consigo todo o peso da justificação pública. (RAWLS, 2003, p. 44). Juízos refletidos de todos os tipos podem ter uma razoabilidade intrínseca, definindo a melhor concepção de justiça como aquela que melhor se ajusta a todas as nossas convicções refletidas e as organiza numa visão coerente. (RAWLS, 2003, p. 44). Pode-se concluir, então, que o equilíbrio reflexivo e a posição original estão plenamente vinculados, estabelecida uma relação de complementaridade entre eles capaz de estabelecer como ponto de partida para a construção dos princípios de justiça as convicções compartilhadas por todos cidadãos, sem recorrer a uma noção epistemológica de verdade moral, uma vez que a justificação é vista como uma questão prática ao invés de ser vista como uma questão epistemológica.

3.3 A Concepção de Pessoa e a Cooperação Social

O desenvolvimento de um ideal de pessoa é, segundo Rawls, essencial para uma teoria moral. O objetivo principal de uma doutrina moral “é especificar uma concepção apropriada de pessoa, que inclua considerações gerais acerca da natureza humana e da sociedade”. (PEGORARO, 1995, p. 86). Dessa maneira, a concepção de pessoa é parte essencial de uma concepção de justiça política, pois caracteriza como os cidadãos devem ver a si mesmos e uns aos outros em suas relações sociais. (RAWLS, 1996, p. 30).

⁷¹ Conforme Rawls (2008, p. 23; 1999a, p.17), “trata-se de verificar se os princípios que seriam escolhidos são compatíveis com nossas convicções ponderadas acerca da justiça ou a ampliam de uma maneira aceitável. Podemos observar se a aplicação desses princípios nos levaria a formular os mesmos juízos sobre a estrutura básica da sociedade que agora formulamos intuitivamente e nos quais depositamos a maior confiança; ou se, nos casos em que haja dúvidas em nossos juízos atuais e eles sejam expressos com hesitação, esses princípios apresentem uma solução que podemos aceitar após reflexão. Temos certeza de que certas perguntas devem ser respondidas de determinada maneira. Por exemplo, nós estamos confiantes que a intolerância religiosa e a discriminação racial são injustas. Achamos que examinamos essas questões cuidadosamente e chegamos ao que acreditamos ser um juízo imparcial que não é distorcido por uma atenção excessiva a nossos próprios interesses. Essas convicções são pontos fixos provisórios aos quais presumimos que qualquer concepção de justiça deva encaixar-se”.

Rawls distingue três formas de considerar a “pessoa”: o das partes na posição original⁷², o dos cidadãos numa sociedade bem-ordenada e, finalmente, o nosso – o seu e o meu, que estamos formulando a ideia de justiça como equidade e examinando-a enquanto concepção política de justiça. (RAWLS, 1999f, p. 321). Essa última forma de considerar a pessoa se refere à discussão sobre a possibilidade de a teoria da justiça como equidade ser um empreendimento aceitável, dentre outros possíveis, para ordenar uma sociedade. (SANDEL, 1998, p. 175). Cabe aqui discutir a legitimidade dos princípios de justiça e a sua aplicação na prática, bem como a sua eficácia e a sua capacidade de gerar a sua própria estabilidade⁷³.

Na posição original, sob a ótica normativa, a pessoa é considerada igual, livre e capaz de determinar racionalmente a sua concepção de bem. Sob condições razoáveis, é capaz de determinar também os termos do acordo político relativo aos princípios de justiça. Os participantes do acordo representam as pessoas que habitam uma sociedade bem-ordenada e que possuem as capacidades morais. (RAWLS, 1999f, p. 316). Trata-se, portanto, de representar pessoas que cooperam e estão preocupadas com o bem estar comum da sociedade, que têm consciência de seus interesses e dos outros, e estão dispostas a encontrar um consenso. Esse consenso somente é obtido quando as pessoas elegem suas partes racionais para serem seus representantes, e quando entram na posição original e aceitam as restrições da justiça impostas pelo véu de ignorância. (KOLM, 2000, p. 239). As pessoas dispostas a entrar na posição original buscam resolver racionalmente os conflitos de interesses que se apresentam nas sociedades reais.

Na segunda forma de representar a pessoa (“dos cidadãos em uma sociedade bem-ordenada”), a investigação de Rawls dirige-se às exigências dos princípios validados na posição original. Nesse ponto, a concepção-modelo de pessoa representa o ideal de cidadãos cooperantes, possuidores das duas faculdades morais (concepção de bem e senso de justiça) e capazes de exercê-las e desenvolvê-las plenamente. (RAWLS, 1999f, p. 301). É a idealização de pessoas que, em sociedade democrática, cooperam durante toda a vida. (RAWLS, 1996, p. 278). Assim, essa concepção determina que as pessoas são qualificadas tanto para se

⁷² Nozick (1991, p. 231; 1999, p. 222) afirma que Rawls parte de uma concepção medíocre de pessoa, não considerando as diferenças naturais, para atingir, contrariamente, um ideal de dignidade humana: “denegrir a autonomia e a responsabilidade fundamental de uma pessoa pelos seus atos é uma orientação arriscada para uma teoria que, à parte disso, deseja reforçar a dignidade e o respeito próprio de seres autônomos”.

⁷³ Para Rawls, a prova, quanto a esse ponto de vista, “é a de um grande equilíbrio ponderado. Procura-se ver até que ponto a doutrina, tomada como um todo, alia e articula entre si nossas convicções mais firmes e mais ponderadas, em todos os níveis de generalidade, depois de um exame sério, uma vez feitos todos os ajustes e revisões que pareçam necessários. Uma doutrina que satisfaça a esse critério é a doutrina que, na medida em que podemos agora estar seguros dela, é a mais razoável para nós”. (RAWLS, 2000b, p. 75; 1999f, p. 321).

envolverem com a cooperação social, como para serem capazes de “honrar os termos equitativos dessa cooperação”. (RAWLS, 1999e, p. 404).

Rawls, especifica que sua concepção de pessoa é uma concepção política e normativa, e não metafísica ou psicológica. (RAWLS, 2003, p. 27). É uma idealização, é uma pessoa fictícia e abstrata que se conduz e se expressa por uma normatividade, mas é também um modo influente no comportamento e na formação cultural dos indivíduos, pois se trata de um modelo de conduta para se alcançar de forma justa um projeto de vida com repercussão social. As pessoas políticas concebidas por Rawls são conduzidas pelas regras de suas faculdades racionais e morais. (RAWLS, 1996, p. 281). E o desenvolvimento dessas faculdades está relacionado com a aplicação dos princípios de justiça pelas instituições.

Assim, a concepção de pessoa de Rawls relaciona o cidadão à sua vida em sociedade, retratando uma pessoa política, com direitos e responsabilidades sociais⁷⁴. Refere-se a um ser político e moral, capaz de conceber a si mesmo e aos outros como possuidores dos mesmos direitos para assumir e avaliar os princípios de justiça, bem como portadores das faculdades morais necessárias para envolver-se na cooperação social e participar da sociedade como cidadãos iguais⁷⁵. Os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada afirmam os valores políticos constitucionais tal como se realizam nas instituições, compartilhando o objetivo comum de realizar justiça aos outros. (RAWLS, 1999e, p. 398). O modelo rawlsiano também concebe a pessoa como capaz de se conceber com direitos para realizar seus fins específicos, e com a capacidade de ajustar e de rever seus objetivos, para realizá-los de tal forma que não prejudique os demais, respeitando o pluralismo inerente da sociedade em que está inserido. A soma dessas características faz com que os cidadãos se apresentem como pessoas que possuem uma certa virtude política natural, tornando possível um regime de liberdade. (RAWLS, 1999f, p. 305).

Para Rawls, a concepção de pessoa moral está assentada em ideias fortemente enraizadas na tradição política democrática, tais como a recusa à escravidão. (VITA, 1992, p. 10). Essa concepção de pessoa exprime a atribuição universal da personalidade moral, ou seja,

⁷⁴ O autor ressalta que a concepção de pessoa é elaborada a partir da maneira como os cidadãos são vistos na cultura política pública de uma sociedade democrática, em seus textos políticos básicos (constituições e declarações de direitos humanos). Para encontrar essas interpretações não olhamos somente para os tribunais, partidos políticos e homens de estado, mas também para a literatura sobre direito constitucional e jurisprudência, e para os escritos mais duradouros de todo tipo relacionados com a filosofia política de uma sociedade (RAWLS, 1999e, p. 397)

⁷⁵ Segundo Rawls, as pessoas são vistas como iguais na medida em que se leva em conta a tradição do pensamento democrático, fazendo com que todos tenham, num grau mínimo essencial, “as faculdades morais necessárias para envolver-se na cooperação social a vida toda e participar da sociedade como cidadãos iguais” (RAWLS, 1999e, p. 397).

alega que os indivíduos são capazes de se tornar agentes morais plenos (ter suas próprias convicções religiosas, morais e políticas) e igualmente capazes de respeitar as convicções dos outros, de agir segundo princípios de justiça⁷⁶. Isso faz com que as variações e diferenças relativas às capacidades naturais dos indivíduos se transformem em um aspecto secundário, pois não afetam o status de “cidadãos iguais”. (RAWLS, 1999f, p. 305). Além disso, essa condição de “pessoas iguais” faz com que todos sejam dispostos a cooperar de boa-fé com todos os membros da sociedade ao longo de toda a sua vida, fundamentando a sua base sobre o respeito mútuo. (RAWLS, 1996, p. 270). Rawls, retomando o humanismo de Locke, centra sua preocupação com o ético. Formula uma concepção de homem essencialmente moral, fazendo com que a união social se fundamente em uma concepção pública e compartilhada de justiça, condizente com a condição livre e igual dos cidadãos.

3.4 O Senso de Justiça e a Concepção Modelo de Sociedade Bem-Ordenada

Conforme anteriormente analisado, há certas características essenciais que integram a concepção de pessoa. As características mais elementares são a igualdade e a liberdade, pois em toda extensão da definição, seja como “cidadão de uma sociedade bem-ordenada”, seja como “ser racional representativo” em uma situação hipotética, as pessoas são consideradas livres e iguais. Além disso, segundo Rawls, a liberdade e a igualdade são características condicionadas por outros dois elementos: a capacidade de conceber racionalmente o próprio bem e a capacidade de ter um senso de justiça.

Assim sendo, percebe-se que na teoria da justiça como equidade, as pessoas realizam dois movimentos complementares e convergentes: a busca pela própria felicidade e a instauração da vida coletiva. (NEDEL, 2000, p. 77). O senso de justiça desempenha um papel importante nos projetos de vida das pessoas e nas condutas que assumem perante a sociedade. Com o mínimo exigido de senso de justiça, os cidadãos podem decidir sobre as questões sociais conflitantes, pautando-se nos princípios de justiça estabelecidos. Ao refletir sobre tais questões, os cidadãos escolherão a alternativa mais justa, respeitando as consequências de sua decisão, inclusive aquelas aplicadas à própria vida, nos âmbitos público e privado, ou seja, na

⁷⁶ Segundo Vita (1992, p. 10), “essa é uma interpretação possível do imperativo kantiano de não tratar os outros seres humanos apenas como meios e sim sempre também como fins em si mesmos: os indivíduos são vistos como fontes geradoras de fins e os fins de cada um são merecedores de um respeito igual; o escravo é tipicamente um ser cujos fins não são levados em conta e que sequer tem fins que possa considerar como seus – é um ser, em suma, privado de personalidade moral”.

forma como concebem o próprio bem. É nesse misto de racionalidade e dignidade, que as pessoas assumem-se como responsáveis pelas escolhas que fazem durante a vida.

Ao preferirem “o esquema que mais eficientemente lhes der a maior parcela possível de vantagens” (RAWLS, 1999a, p. 470), as pessoas assumem a sua virtude essencialmente individualista de busca do seu próprio bem. Esse caráter individualista, porém, apesar de importante, não esgota a essência do ser humano. Há, além dele, a compreensão humana de que as pessoas necessitam umas das outras como parceiras; há uma busca natural pela construção de modos de vida baseados em uniões sociais. (NEDEL, 2000, p. 78).

Essas “uniões sociais”, conseqüentemente, apresentam formas comuns e aceitas de promover o bem coletivo⁷⁷. Assim, apesar de ser marcada por conflitos, a sociedade rawlsiana caracteriza-se como um “empreendimento cooperativo para benefício mútuo”. (RAWLS, 1999a, p. 320). Esse segundo movimento, direcionado à cooperação social, é marcado pela propensão humana em agir conforme uma perspectiva justa. (RAWLS, 1996, 157). É o desejo de regular as ações e os projetos de vida, por intermédio dos princípios de justiça. Desse modo, em uma sociedade regulada por tais fundamentos, o interesse individual tende a fundir-se com o interesse comunitário, criando um grande “bem público” e fazendo florescer relações de reciprocidade⁷⁸.

Uma sociedade bem-ordenada não é uma sociedade de indivíduos egoístas, que buscam apenas a satisfação de seus interesses pessoais, ainda que isso implique a manipulação e a exploração dos demais seres humanos. Nem um mero *modus vivendi* que busca acomodar diferentes interesses sociais e políticos. Trata-se de implantar uma vida coletiva dotada de um fundamento ético⁷⁹. Rawls defende que a sociedade deve sempre

⁷⁷ Segundo Pegoraro (1995, p. 86), “a sociabilidade da natureza humana determina que os seres humanos dividam seus fins essenciais e valorizem as instituições e atividades comuns como bens em si mesmos. Temos necessidade uns dos outros, como parceiros que se engajam juntos nos modos de vida válidos por si mesmos. Enfim, que os outros sejam bem-sucedidos e felizes é necessário ao nosso próprio bem: seu bem e o nosso são complementares. Portanto, a espécie humana forma uma comunidade onde cada membro se beneficia das qualidades e da personalidade de todos os outros. Este é o melhor resultado final do contrato social celebrado na posição original. A teoria da justiça encontra apoio e vigor na sociabilidade da natureza humana, tomada no sentido aristotélico. Alinham-se, assim, as tese contratualista e naturalista da vida sociopolítica”.

⁷⁸ Navarro (1999, p. 10) denomina o conjunto da obra de Rawls de “solidariedade liberal”.

⁷⁹ Para Vita (1992, p. 11), trata-se de um “nítido passo além das democracias “reais” de hoje, algo que Rawls em momento algum deixa explícito. As democracias liberais se caracterizam – do ponto de vista dos problemas que estamos considerando – pela vigência de um *modus vivendi* que busca acomodar os diferentes interesse sociais e forças políticas; em uma ‘sociedade bem-ordenada’, a vida coletiva é dotada, mais do que isso, de um fundamento ético, o que significa dizer que: as instituições básicas da sociedade se organizam segundo princípios de justiça que poderiam ser escolhidos por pessoas morais livres e iguais, seus membros são capazes de agir segundo princípios de justiça, e a concepção de justiça que rege a vida coletiva é publicamente reconhecida e pode ser justificada para cada um dos membros da sociedade”.

procurar remediar a crueldade da natureza, não apenas preservar a lei e a ordem social, mas combater as diferenças naturais entre fracos e fortes. (CLOTET, 1988, p. 98).

Nota-se que Rawls vê o senso de justiça como uma das motivações que a pessoa possui, muitas vezes conflitante com as outras motivações, mas sempre compensada ou qualificada nas ações sociais. (FREEMAN, 2007, p. 249). Como Rousseau, Rawls vê o senso de justiça como uma motivação social, como a condição primária da sociabilidade humana. (RAWLS, 2007, p. 205). Em um primeiro momento, a capacidade de ter um senso de justiça conduz à noção de igualdade, torna compatível a conjugação entre liberdade e integridade em um esquema de cooperação social baseado no reconhecimento de todos como pessoas morais⁸⁰. Posteriormente, pode-se afirmar, que conduz a um “amor pela humanidade”. (PEGORARO, 1995, p. 87), pois faz com que se saia do individualismo e do interesse meramente subjetivo para elevar os cidadãos à prática do altruísmo e das virtudes morais, etapa culminante do contrato social. (ROUSSEAU, 1973, p. 38).

Nesse contexto, a moralidade tem uma função social. Trata-se de defender ao indivíduo frente à sociedade. (MAFFETTONE, 2010, p. 211). O indivíduo tem liberdade para escolher seus fins e seus objetivos pessoais, mas ao, necessariamente, viver em sociedade precisa do respeito e da colaboração dos demais, precisa do apoio de uma moralidade reguladora da sociedade. Além disso, “essa moralidade social” não deve apresentar nenhuma forma de coerção externa. A justiça como equidade, aplicada às instituições sociais, deve, de alguma forma, ser compatível com a natureza humana e propícia para os interesses das pessoas, independentemente de seu fundo de coação. (RAWLS, 1996, p. 157). Mesmo que uma atividade de execução coerciva seja necessária em uma sociedade bem-ordenada, não deve ser a principal fonte de motivação para cumprir seus preceitos (FREEMAN, 2007a, p. 247).

Assim, segundo Rawls, o modelo social da teoria da justiça como equidade será guiado por regras e por procedimentos que aqueles que cooperam aceitam como apropriados para reger sua conduta. Os atributos desse modelo não são ditados por uma autoridade central

⁸⁰ Segundo Agra Romero (1985, p. 30), “o auto-respeito ou o sentido de valor próprio põe de manifesto que o indivíduo é livre para escolher e projetar racionalmente sua vida, é livre para eleger sua concepção de bem. Porém, o auto-respeito está em função do respeito dos demais, da estimação que os demais fazem de seus projetos racionais. O auto-respeito é o bem primário mais importante posto que é racional para todo indivíduo respeitar a si mesmo e que os demais o respeitem. Se a capacidade de um senso de justiça nos leva a ideia de igualdade, a noção de auto-respeito incide na preservação da liberdade do indivíduo e na possibilidade de fazer compatível essa liberdade e integridade da pessoa com um esquema de cooperação social”.

com poderes absolutos⁸¹. Trata-se de uma construção coletiva, na qual os cidadãos, com base em suas duas faculdades morais, sabem que o respeito mútuo e a cooperação são as bases do desenvolvimento humano.

Além disso, a personalidade ética é caracterizada por sua potencialidade, suas faculdades morais não necessariamente precisam estar desenvolvidas, mas é necessário que haja a disposição e a capacidade em se tornar uma pessoa ética, uma pessoa justa, pois dessa potencialidade em ser ético decorrem as reivindicações da justiça. Por ser uma pessoa justa, pode-se exigir que haja justiça ao seu redor. Percebe-se, portanto, que essa não é uma moralidade parcial, mas uma moralidade ínsita as características humanas. (RAWLS, 1999f, p. 319).

É o senso de justiça, portanto, que impulsiona os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada a cumprirem os termos estabelecidos na posição original. E esses termos não são atemporais, mas originados no conceito ordinário de justiça, pois a experiência histórica e democrática cria na sociedade “o senso da justiça que se traduz em sentenças sapienciais, as nossas convicções ponderadas que serão elevados a princípios de nova sociedade”. (PEGORARO, 1995, p. 76). O equilíbrio reflexivo é o conceito desenvolvido por Rawls que permite articular dessa forma a dimensão política com a individual, dando ao cidadão, como pessoa moral, a possibilidade de mudar os princípios de justiça e a estrutura social que se deriva deles quando suas convicções assim sugerem. (QUINTANA, 1996, p. 60).

Como ressalta o autor, a escolha dos princípios de justiça na posição original não se dá de maneira completamente desvinculada do mundo da vida, mas é feita, por meio da tradição da comunidade, por um senso de justiça refletido em “juízos ponderados”. Porém, muitas vezes, esses juízos ponderados contêm lacunas e contradições, devendo, por isso, ser confrontados com os princípios de justiça, que, por sua vez, recorrendo à experiência histórica, adquirem mobilidade, podendo adaptar-se a situações concretas da sociedade e do futuro. Assim, recorrendo à experiência histórica, os princípios universais são confrontados com os juízos ponderados de justiça, fazendo com que entre estes e aqueles haja um “equilíbrio reflexivo”⁸².

⁸¹ Segundo Rawls (1999, p. 372; 1996, p. 318), “um sistema estabilizado por um senso de justiça público e efetivo é um meio melhor para esse fim do que um sistema que requer um aparato rigoroso e dispendioso de sanções penais, principalmente quando esse aparato é perigoso para as liberdades fundamentais [...] a concepção mais estável de justiça é aquela que é clara e compreensível à nossa razão, coerente e incondicionalmente comprometida com nosso bem, e enraizada não na abnegação, mas na afirmação de nossa pessoa”.

⁸² Segundo o próprio autor, seu objetivo fundamental era “elaborar uma concepção política de justiça congruente com nossas convicções ponderadas, depois da devida reflexão. Feito isso, os cidadãos podem, a partir de suas doutrinas abrangentes, considerar verdadeira ou razoável, conforme sua visão permite, a concepção política de justiça” (RAWLS, 1999, p. 197; 1996, p. 151).

Nas palavras de Rawls, o equilíbrio reflexivo representa a tentativa de acomodar num único sistema, tanto os pressupostos filosóficos razoáveis impostos aos princípios, quanto os nossos juízos ponderados sobre justiça. No processo para atingir a interpretação mais adequada da situação inicial, não recorre à noção de evidência no sentido tradicional, seja a respeito das concepções gerais, seja a respeito das convicções particulares. (RAWLS, 1999a, p. 21). O autor não pretende que os princípios de justiça propostos sejam verdades necessárias, já que uma concepção da justiça não pode ser deduzida de premissas axiomáticas ou de pressupostos impostos aos princípios; ao contrário, sua justificativa é um problema da corroboração mútua de muitas considerações. (FREEMAN, 2007b, p. 182).

Cria-se, portanto, uma situação de avanços e recuos entre os juízos ponderados e os princípios de justiça, resultando no ajustamento e correção de ambos.⁸³ Nessa situação, os indivíduos identificam facilmente os casos de justiça e de injustiça, pois há coincidência entre os princípios reguladores da sociedade, escolhidos no acordo original, e suas próprias convicções de justiça. Dessa maneira, os cidadãos, segundo Rawls, ao perceberem que vivem em uma sociedade justa, reforçam seu senso de justiça, fazendo com que aumente o desejo de manter as instituições dessa sociedade. Dessa forma, Rawls pretende enfatizar as diferenças entre a justiça como equidade e o utilitarismo na regulação da sociedade, definindo-a como um sistema de cooperação regulado por princípios escolhidos numa posição inicial equitativa, e não como um modelo societário que visa maximizar a satisfação dos desejos⁸⁴.

O procedimento do equilíbrio reflexivo torna coerente a perspectiva geral apresentada na obra de Rawls, formando um conjunto plenamente unificado. Assim, a primeira parte representa a estrutura teórica essencial e o surgimento dos princípios de justiça mediante determinadas características da pessoa e condições de eleição. A segunda examina as instituições sociais e os deveres individuais que comportam os princípios de justiça, para comprovar que coincidem com nossas convicções ponderadas. E por fim, a terceira parte

⁸³ Rawls explica que (2008, p. 24-25; 1999a, p. 18) “com esses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias contratuais, outras vezes modificando nossos juízos para que se adaptem aos princípios, suponho que acabemos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados. Denomino esse estado de coisas equilíbrio reflexivo. É equilíbrio porque finalmente nossos princípios e juízos coincidem; e é reflexivo porque sabemos a quais princípios nossos juízos se adaptam e conhecemos as premissas que lhes deram origem”.

⁸⁴ Segundo Paul Ricouer (1997, p. 80), “da mesma maneira, a ordenação lexical entre o primeiro e o segundo princípio e a regra do *maximin* vão contra a legitimidade dessa extrapolação do indivíduo para a sociedade tomada como um todo. O argumento parece-me ser um argumento moral. É dirigido contra aquilo a que chamo, com Jean-Pierre Dupuy, o princípio sacrificial que retoma a lógica do bode expiatório. Portanto, a meu ver, o argumento é um argumento moral, e mais do que isso, um argumento de tipo kantiano: segundo o princípio sacrificial, alguns indivíduos são tratados como meios e não como fins em si mesmos, com vista ao pretensão bem do todo”.

mostra que a teoria é praticável, já que satisfaz as exigências de estabilidade e mostra que a eleição original respeita a natureza moral dos cidadãos. (WOLFF, 1977, p. 199). Através do equilíbrio reflexivo, o indivíduo assume e interioriza os princípios como próprios, porém com a possibilidade permanente de questioná-los e mudá-los de acordo com as circunstâncias. Trata-se de um recurso individual que garante ao cidadão, enquanto pessoa moral, poder tomar distância frente às decisões majoritárias que considere arbitrárias. A vontade geral não pode ser imposta com o argumento de ser moralmente legítima por ser majoritária: tem que ser subsumida livremente pelo indivíduo. (QUINTANA, 1996, p. 59).

Portanto, é possível concluir que o senso de justiça só estará plenamente desenvolvido quando os cidadãos forem beneficiados por instituições justas. Se não houver um ambiente pleno de justiça o desenvolvimento do senso de justiça ficará comprometido e, conseqüentemente, as instituições, que dependem do senso de justiça, também serão prejudicadas. Nota-se, a redundância de “ser justa para ser justa” presente nesse conceito de justiça. Uma parte desse desdobramento é solucionada por Rawls ao afirmar que o senso de justiça, além de gerar uma aceitação das instituições que beneficiam os cidadãos, fomenta uma disposição em trabalhar em favor da construção de uma sociedade justa e em reformar as instituições quando a justiça assim exigir.

Uma sociedade democrática ordenada nessa perspectiva será estável, já que sua estrutura básica possibilitará a cooperação social equitativa, ao mesmo tempo que estimulará a realização das potencialidades individuais. Enquanto que para Hobbes estabilidade é um *modus vivendi*, um compromisso prático entre diferentes interesses conflitantes, para Rawls, a estabilidade social deve estar fundamentada na cooperação social e no senso de justiça das pessoas. Somente assim serão desenvolvidos laços emocionais com a sociedade e uma vontade de manter e defendê-la quando sujeita a forças desestabilizadoras. (FREEMAN, 2007a, p. 248). No modelo hobbesiano, o equilíbrio de poderes pode se revelar estável por certo tempo, mas não inspira confiança naqueles que são menos favorecidos ou estão em situação precária, nem desenvolve virtudes de solidariedade e respeito mútuo necessários para a coesão social. (RAWLS, 1996, p. 319).

Essa sociedade está submetida ao contexto da justiça (*the circumstances of justice*) que a tornam um sistema democrático estável. Assim, há circunstâncias objetivas (escassez relativa de recursos) que criam conflitos entre as pessoas, resultando em exigências contraditórias em relação às suas instituições. (RAWLS, 1996, p. 81). Dessa forma, os membros de tal sociedade não ficam indiferentes quanto à distribuição dos recursos oriundos da cooperação social, pois sabem que, para que sua união permaneça estável, deve haver

justiça na partilha desses frutos. Portanto, as atividades econômicas, sociais e morais se desenvolvem em um plano que permite a cooperação e os benefícios mútuos. Na sociedade bem-ordenada não há uma economia de abundância, mas (...) sua organização econômica não é um jogo de soma zero, isto é, na qual o ganho de um é a perda do outro”. (RAWLS, 2003, p. 81). Os recursos sociais escassos induzem a uma distribuição econômica de tal forma que todos tenham alguma participação nos lucros e benefícios.

Há também circunstâncias subjetivas referentes às diferentes concepções do bem afirmadas pelas pessoas. Esse fato, inerente às sociedades democráticas atuais, faz com que as relações sociais gerem conflitos. E é justamente a forma de resolver esses conflitos que faz com que uma sociedade seja considerada justa ou não. Assim, a estabilidade social não está fundamentada no resultado menos prejudicial à maioria da sociedade, mas na confiança que os cidadãos depositam nas instituições sociais por acreditar no funcionamento da justiça. Isso significa que, para Rawls, a cooperação social não é apenas “uma atividade socialmente coordenada e produtiva, mas implica também uma noção de cooperação em termos de equidade e de vantagem mútua”. (RAWLS, 1996, p. 87). Assim sendo, a prática das instituições sociais, em uma sociedade bem-ordenada, podem ter efeitos sociais decisivos ao modelar de forma significativa o caráter e o objetivo dos membros da sociedade. (RAWLS, 1996, p. 86).

A sociedade ordenada pelos princípios de justiça também é estável porque educa os cidadãos para a justiça⁸⁵. Os cidadãos, que crescem sob as instituições políticas e sociais ordenadas por tal concepção política de justiça, serão educados para a justiça e agirão de forma justa⁸⁶. Ao fazer isso, ela gera a sua própria sustentação e tende a ser mais estável que as alternativas tradicionais, já que é mais conforme com os princípios da psicologia moral. Como Hobbes, Rawls sustenta que, para ser estável, o esquema social deve fazer com que as pessoas tenham garantias de que todo mundo tem razão suficiente para cumprir as regras. Mas, ao contrário de Hobbes, o poder político coercitivo não é suficiente para garantir a

⁸⁵ “Constata-se que uma sociedade democrática é tida como um sistema de cooperação social pelo fato de que, de um ponto de vista político e no contexto da discussão pública das questões básicas de justiça política, seus cidadãos não consideram sua ordem social uma ordem natural fixa, ou uma estrutura institucional justificada por doutrinas religiosas ou princípios hierárquicos que expressam valores aristocráticos. Eles tampouco acham que um partido político possa, de boa-fé, propor em seu programa a negação dos direitos e liberdades básicos de qualquer classe ou grupo reconhecido” (RAWLS, 2003, p. 8).

⁸⁶ Segundo Maffettone (2010, p. 234), “os termos justos de cooperação assumem uma reciprocidade substancial. Tal reciprocidade se situa entre imparcialidade e vantagem mútua. Isso permite afirmar que reciprocidade é a relação entre cidadãos em uma sociedade bem-ordenada concebida por uma concepção política pública de justiça. Há uma ligação entre primazia da estrutura básica e reciprocidade vista nesses termos [...] Em Rawls, coexistem duas interpretações de reciprocidade. A primeira direcionada mais diretamente aos interesses e especificada pelos justos termos de cooperação [...] A segunda parte da mútua habilidade dos cidadãos em justificar suas doutrinas em termos da razão pública”.

estabilidade, devendo existir sentimentos suficientemente fortes para anular as tentações de violar as regras. (FREEMAN, 2007b, p. 248) .

A justiça como equidade determina que a organização do sistema político e jurídico é fundamental para definir tanto a justiça das relações humanas quanto a própria formação moral de cada indivíduo. (VITA, 2000, p. 101). É necessário a construção de um modelo moral capaz de garantir a liberdade e a igualdade, bem como respeitar o pluralismo inerente em qualquer organização social. Cabe definir um modelo, no qual a sociedade seja entendida como sistema equitativo e estável de cooperação social entre pessoas livres e iguais.

O modelo de sociedade rawlsiano apresenta o mínimo de consciência coletiva necessária para manter a ordem social e estimular o desenvolvimento de sentidos essenciais para o desenvolvimento humano. Trata-se de ordenar a sociedade sem recorrer à coerção, à violência ou a possíveis recompensas, mas a exigências morais válidas por si mesmas e não por suas consequências. (MAFFETTONI, 2010, p. 255). Com base no imperativo kantiano, Rawls afirma que a pessoa “não deve ser tratada apenas como um instrumento ou como um objeto”. Deve-se garantir uma sociedade que possibilite o desenvolvimento integral e que respeite incondicionalmente a dignidade de seus cidadãos, já que o modo em que está organizado o sistema político e econômico determina a justiça ou a injustiça da sociedade e das relações humanas. Assim, a dignidade inviolável, baseada no aprimoramento do senso de justiça, deve ser a base da sociedade⁸⁷.

Dessa forma, pode-se afirmar que a concepção moral rawlsiana, fundamentada no senso de justiça, conduz à coesão social. Rawls, através de um argumento circular, define o senso de justiça dos cidadãos como elemento social para a construção de um sistema equitativo de cooperação. Por outro lado, determina que a maneira como o sistema social se organiza define o tipo de pessoas que seremos. Nesses argumentos, encontra-se, de um lado uma teoria psicológica que tem por objetivo definir a cooperação social como etapa maior do critério moral e de outro lado uma teoria social que vê na ética substancial o instrumento necessário a garantir a estabilidade e a coesão social. E essa forma de coesão social proposta por Rawls possibilita fundamentar uma concepção de Direito singular

Essa circularidade configura o liberalismo político de Rawls como uma teoria embasada em um coerentismo holístico de influência hegeliana (AUDARD, 2007, p. 56). Assim, Rawls

⁸⁷ Para Agra Romero (1985, p. 126) “o problema central em Rawls é o problema da ordem, sua preocupação se centra nas condições de possibilidade de uma sociedade justa, daí seu interesse pela estabilidade e pelo bom ordenamento da sociedade. Há que ter em conta, além disso, que seu objetivo é estabelecer princípios que sirvam de guia para a reforma da sociedade; por isso poderá ser acusado em todo caso de reformista mais do que de conservador. Nesse sentido, a teoria da justiça tampouco pode ser entendida como um projeto utópico, nem a nosso entender, Rawls tem tal pretensão”.

apresenta a justificação de sua teoria por meio da construção de um entendimento público embasado na reflexão e na argumentação. Essa posição é plenamente coerente com a proposta de Rawls, já que o foco principal de sua teoria é uma proposta de justiça voltada para as instituições políticas e jurídicas, configurando uma ontologia holística social (AUDARD, 2007, p.56) , e não para as condutas individuais das pessoas. Essa característica da teoria de Rawls será fundamental na caracterização singular de sua visão do Direito.

4 UMA CONCEPÇÃO DE DIREITO EM JOHN RAWLS: SENSO DE JUSTIÇA, JUSTIFICAÇÃO PÚBLICA E LEGITIMIDADE POLÍTICA

A sociedade bem-ordenada descrita por John Rawls em *Political liberalism* evidencia a importância, no pensamento do autor, de um governo constitucional, capaz de articular de forma convincente a relação entre a lei constitucional e a normatividade. As reformulações impostas pelo autor, chamadas muitas vezes por ele próprio de democracia constitucional, propõem uma forte ligação entre a noção intuitiva de justiça, presente em cidadãos racionais e razoáveis, as instituições políticas e jurídicas e, claramente, com a concepção de Direito extraída da justiça como equidade⁸⁸. Nessa concepção de Direito, possível de ser extraída do pensamento de Rawls, o senso de justiça continua desempenhando um papel primordial, já que Rawls mantém como elemento fundamental de justificação de sua teoria os juízos morais dos indivíduos em equilíbrio reflexivo amplo.

Ao fundamentar seus trabalhos tardios na preocupação com a estabilidade e legitimidade de sua teoria da justiça ante o pluralismo inerente às sociedades modernas, Rawls, necessariamente, perpassa sua análise pela teoria geral do Direito, da Constituição e por um desenho jurídico institucional adequado e coerente com a concepção política de justiça. (RAWLS, 1996, p. 16). Para o autor (RAWLS, 1996, p. 14), uma das principais características de uma concepção política de justiça é o fato de seu conteúdo ser expresso por meio de certas ideias fundamentais vistas como implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática. E essa cultura pública compreende as instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação (inclusive as do judiciário), bem como os textos e documentos históricos que são de conhecimento geral. (RAWLS, 1996, p. 14).

Torna-se fundamental, portanto, analisar as questões voltadas à fundamentação e aplicação da lei, pois, em outras palavras, essa questão diz respeito à aplicação das liberdades básicas previstas no primeiro princípio de justiça. (RAWLS, 1999a, p. 73). Assim sendo, será objeto de estudo desse capítulo a relação entre os princípios de justiça e sua concretização na

⁸⁸ Segundo Michelman, (2001, p. 394), "Rawls adota o que podemos chamar de um modelo contratualista constitucional de justificação. Nós podemos distinguir três componentes principais em tal justificação: *Universalismo racional* ("contrato hipotético"). O contratualismo constitucional começa no individualismo liberal com a idéia de que exercícios de poder político certamente são justificados quando cada afetado, competentemente, pode aprová-los de acordo com seu próprio saldo real de razões e interesses. *Essencialismo constitucional*. [...] A norma hipotética-contratual de justificação política só pode ter significado através da aplicação de leis constitucionais [...] *Civilidade*. [...] A coerção política se justifica, diz Rawls, quando o seu exercício está de acordo com uma Constituição cuja essencialidade pode ser endossada à luz dos princípios e ideais aceitáveis para os cidadãos não só de acordo com "o racional", mas também "com o razoável".

Constituição de um Estado Democrático de Direito, bem como sua relação com a produção legislativa, na qual Rawls (1999a, p. 241) defende um modelo de justiça procedimental imperfeita, na qual a regra da maioria, mesmo sendo um recurso democrático indispensável, não garante um resultado legislativo justo. Nesse contexto, Rawls visa descrever a função do Poder judiciário, dentro dos limites da razão pública, para assegurar a proteção das liberdades básicas escolhidas no acordo original, ao mesmo tempo em que garante uma argumentação pública capaz de ampliar a visão de todos os cidadãos. (RAWLS, 1996, p. 98).

As questões trabalhadas nos capítulos anteriores, porém, servem para deixar claro que Rawls não é partidário de um ativismo judicial, nem de qualquer possibilidade de permitir ampla discricionariedade aos julgadores, tornando-os capazes de impor uma nova legitimidade. Conforme visto, Rawls faz uso de uma epistemologia moral coerentista holística na sua fundamentação do Direito, através da utilização do procedimento do equilíbrio reflexivo. (FREEMAN, 2007, p. 77). Tal procedimento é o núcleo de sua teoria política de justiça, pois vincula os juízos morais particulares com os princípios morais concretizados na convenção constitucional. A utilização desse instrumento como critério de legitimação jurídica afasta a teoria de Rawls do positivismo jurídico, do utilitarismo, do intuicionismo e de qualquer teoria que negue de forma absoluta uma relação entre Moral e Direito⁸⁹, além de reforçar o papel que o senso de justiça e uma psicologia moral do razoável desempenham na fundamentação do sistema jurídico.

No presente capítulo, o autor visa, justamente, analisar essa relação, destacando o papel do senso de justiça na democracia constitucional proposta e esclarecer qual a importância que ele confere ao Poder Judiciário na efetivação e proteção dos direitos fundamentais. Curiosamente, verifica-se que poucos juristas analisam as contribuições de Rawls para o tema⁹⁰, quando a forma de atuação do Poder Judiciário descrita pelo autor parece, não só ser totalmente coerente com a tradição constitucional norte-americana, mas, além disso, parece trazer novidades relevantes diante da delicadeza do tema. A análise dessa perspectiva possibilitará também verificar as primeiras diretrizes que o autor apresentará em

⁸⁹ Segundo Orts (1994, p. 142), “pode-se afirmar que “a fundamentação ética do Direito delineada por Rawls descansa na autonomia real dos homens, tal como concebida pelos cidadãos dos países democráticos desde uma acreditada tradição: é o reconhecimento do caráter autolegislador de seus componentes que prestam ao procedimento democrático um valor moral e proporciona, portanto, um fundamento de legitimidade. Porém, por essa mesma razão, só podemos falar de normas legítimas ou justas se se limitam aos princípios que esses mesmos componentes elegeram nas condições ideais, que garantem a justiça da escolha e que expressam a unidade da racionalidade prática em sua dupla função, empírica (ou ‘racional’) e pura (ou ‘razoável’)”.

⁹⁰ Conforme Michelman (2001, p. 408) “em 4 de Julho de 1999, uma pesquisa nos arquivos (da Suprema Corte) mostrou que nenhuma opinião exposta por um membro daquela Corte mencionou o nome do filósofo John Rawls”.

relação à possibilidade de se verificar em seu pensamento a existência de uma teoria da decisão judicial. A forma como Rawls descreve a atuação da Suprema Corte, como um mecanismo institucional fortemente vinculado com os fundamentos filosóficos de sua teoria possibilitará os primeiros passos nesse sentido.

Outra análise importante para a verificação de uma possível teoria da decisão judicial em Rawls é investigar sua concepção de democracia constitucional (e, portanto, de Constitucionalismo), construída pela experiência democrática norte-americana. Essa característica influencia diretamente a maneira como o autor desenha a atuação do Poder Judiciário diante das questões fundamentais da justiça. Essa contextualização da obra de Rawls já deixa clara a importância que os fundamentos jurídicos têm na sua construção teórica, já que, enquanto os fundamentos filosóficos e jurídicos construídos na Europa estavam totalmente voltados para estratégias de limitação do poder, nos Estados Unidos houve um grande grau de juridicidade na construção de seus fundamentos legais e políticos, pois toda a sua produção filosófica e jurídica é voltada para a fundamentação do poder constituinte e debates relativos à soberania popular e o poder de interpretação dos direitos abstratos por parte do Poder Judiciário. (AUDARD, 2000, p. 20).

Nesse contexto, a tradição norte-americana produziu uma vasta bibliografia sobre questões ligadas à legitimidade do poder da Suprema Corte, não só relativas às questões de aplicação dos direitos fundamentais e do controle de constitucionalidade (*judicial reviews*), bem como na interpretação moral e política da Constituição. (DWORKIN, 2006, p. 16). Isso garantiu um amplo debate em relação *a quem deve decidir e como deve decidir* questões fundamentais em um arranjo constitucional democrático. As construções filosóficas dessa tradição evidenciam a preocupação essencial em fundamentar o papel que o Poder Judiciário deve assumir em um regime democrático, procurando evitar a sua supremacia em relação aos outros poderes (caracterizada através de um ativismo judicial na interpretação da Constituição), mas sem desconsiderar a sua importância na efetivação e proteção dos direitos e garantias básicos. (MAFFETTONE, 2010, p. 279).

Essas características permitem visualizar o caráter de *pré-compromisso* de que se reveste a Constituição em Rawls, justificando o caráter democrático da revisão judicial (*judicial review*) como uma garantia de que esse pré-compromisso será devidamente cumprido. (RAWLS, 1999a, p. 175). A ambição de John Rawls é instituir um sistema político e jurídico justo que, dadas as nossas práticas históricas, inclua a noção de uma Constituição como lei Suprema, sem o Poder Judiciário agir como legislador. Parece haver um imperativo

constitucional essencial em sua teoria que não permite nenhuma instituição ficar acima do Direito, imposto através da chamada razão pública. (RAWLS, 1996, p. 212).

Portanto, fica claro que Rawls tenta conceber um sistema social no qual o Direito desempenha uma importante tarefa de estabilização, sem negar aos cidadãos certas “diretrizes de indagação” que indiquem as formas de argumentação e critérios adequados para se tratar das questões fundamentais, já que, para respeitar uns aos outros, os cidadãos devem adotar uma linguagem comum. (MAFFETTONE, 2010, p. 277) O objetivo é especificar um ponto de vista com base no qual os princípios sejam considerados mais adequados à ideia de cidadãos democráticos tidos como pessoas livres e iguais⁹¹. Essas análises evidenciam que o modelo de Direito de Rawls está intimamente vinculado ao senso de justiça e a sua concepção de psicologia moral razoável, originada de um esquema de conceitos e princípios que expressam uma certa concepção política de pessoa e um ideal de cidadania. (RAWLS, 1996, p. 87)

4.1 A Concepção de Direito em Liberalismo político (Political Liberalism)

As primeiras tratativas de Rawls em relação ao sistema jurídico e sua concepção de Direito aparecem no capítulo IV de *Uma teoria da justiça*. Nesse ponto, o autor procura descrever a estrutura básica que satisfaça os princípios de justiça, analisando os deveres e obrigações que se originam dessa relação⁹². No contexto desta análise, Rawls já torna claro que as principais instituições ligadas à estrutura básica da sociedade são as de uma democracia constitucional, indicando a ideia de sistema jurídico que poderá ser extraído do pensamento do autor e, além disso, antecipando uma concepção de Direito que será melhor apresentada em *Political liberalism*.

⁹¹ “Como observei antes, *Uma teoria da justiça* propôs-se a apresentar uma visão da justiça política e social mais satisfatória do que as concepções tradicionais mais importantes e conhecidas. Tendo em vista essa finalidade, limitou-se - como as questões que discute deixam claro - a uma série de problemas clássicos e afins que estiveram no centro dos debates históricos relativos à estrutura moral e política do Estado democrático moderno. Por isso trata dos fundamentos das liberdades religiosas e políticas básicas, e dos direitos fundamentais dos cidadãos na sociedade civil, incluindo aqui a liberdade de movimento e a igualdade equitativa de oportunidades, o direito à propriedade pessoal e as garantias asseguradas pelo império da lei. A Teoria discute também a justiça das desigualdades econômicas e sociais numa sociedade em que os cidadãos são considerados livres e iguais. O pressuposto subjacente é que uma concepção de justiça desenvolvida com o foco em uns poucos problemas clássicos e de longa data há de ser correta ou, pelo menos, apresentar diretrizes para a resolução de outras questões. Esse é o raciocínio que fundamenta a focalização em uns poucos problemas clássicos centrais e persistentes”. (RAWLS, 1999b, p. 18; 1996, p. XII).

⁹² Segundo Vita (2000, p. 279), “por estrutura básica da sociedade devemos entender o seguinte: as normas que distribuem os direitos legais fundamentais, as que determinam as formas de acesso às posições de poder e autoridade; as normas e instituições, incluindo as educacionais, que determinam o acesso a profissões e a posições ocupacionais em organizações econômicas; e o complexo de instituições, incluindo as normas que regulam a propriedade, o direito de herança e o sistema tributário e de transferências, que determinam a distribuição de renda e da riqueza na sociedade. Esse conjunto de normas e instituições constitui o objeto de uma teoria da justiça social”.

Assim, nesse primeiro momento, Rawls entra no tema da instauração de uma sociedade bem-ordenada por meio dos princípios, buscando a consolidação de uma comunidade política caracterizada pela cooperação e pelo senso de justiça. (RAWLS, 1999a, 171). O conteúdo dos princípios de justiça é ilustrado a partir da descrição da estrutura básica de uma democracia constitucional, construída a partir de uma sequência em quatro etapas que define a aplicação dos princípios às instituições sociais. (RAWLS, 1999a, p. 172). Dessa forma, o autor descreve o processo ideal de formação de uma constituição que irá fundamentar tanto a criação legislativa, quanto os padrões para avaliação e aplicação das leis nos julgamentos.

A sequência de quatro estágios, incluindo o acordo original, apresenta a ideia de que, após o acordo sobre os princípios na posição original, os cidadãos escolheriam uma constituição (*estágio constitucional*) que determinaria um sistema que contenha a estrutura do poder político e dos direitos fundamentais, respeitando primordialmente as liberdades fundamentais asseguradas pelo primeiro princípio. (RAWLS, 1999a, p. 172). As exigências principais são as de que as liberdades fundamentais da pessoa e a liberdade de consciência e de pensamento sejam protegidas; e de que o processo político seja um processo justo. Esse estágio projeta um sistema de poderes constitucionais de governo caracterizado pela defesa dos direitos básicos dos cidadãos⁹³.

A próxima etapa, *etapa legislativa*, é a que regulamenta a aplicação do segundo princípio de justiça, garantindo que as políticas econômicas e sociais se orientem para a maximização das expectativas dos menos favorecidos. Exclui-se dessa forma qualquer lei que favoreça os privilegiados ou que contrarie a ordem de respeito máximo à liberdade estipulada no primeiro princípio de justiça e formalizada na carta constitucional. Nota-se, que a prioridade do primeiro princípio sobre o segundo se reflete na prioridade da Constituição em relação ao estatuto legislativo. (RAWLS, 1999a, p. 148). Dessa maneira, os princípios de justiça devem estar presentes no sistema jurídico, evitando a influência de interesses privados.

Porém, nesse ponto, Rawls salienta que não há nenhuma regra de um procedimento político justo suficientemente capaz de garantir a certeza de uma legislação justa. (RAWLS, 1999a, p. 173). O ideal da justiça procedimental perfeita não pode ser implementado, pois o melhor que se pode atingir é um sistema de justiça procedimental imperfeita. (FREEMAN, 2007b, p. 210). Trata-se, portanto, de escolher, entre as ordenações processuais justas, aquelas

⁹³ Segundo Rawls (2008, p. 241; 1999a, p. 173), “dados seus conhecimentos teórico e os fatos gerais pertinentes sobre sua sociedade, devem escolher a constituição justa mais eficaz, a constituição que atenda aos princípios de justiça e seja a mais bem projetada para produzir uma legislação eficaz e justa”.

que tem maior probabilidade de conduzir à uma ordem legal justa e eficaz⁹⁴. Para Rawls, o melhor que pode se dizer de uma lei é que ela pelo menos não é claramente injusta, já que as questões ligadas à legislação são de difícil julgamento. (RAWLS, 1999a, p. 174).

A última etapa, na qual o véu de ignorância se encontra completamente extinto, é a da aplicação das regras aos casos concretos, realizada pelos juízes e autoridades administrativas. Nesse sentido, pode-se defender a clara importância que Rawls concede ao Poder Judiciário, pois a sequência de quatro estágios impõe aos tribunais uma posição de atuação, diferentemente de outras instituições, distante das restrições do véu de ignorância. É nessa etapa, portanto, que situações concretas e reais começam a aparecer na teoria da justiça de Rawls.

Assim sendo, os estágios apresentam-se em complementação à construção rawlsiana da posição original e do acordo original, com o objetivo de regulamentar a aplicação dos princípios de justiça⁹⁵. Porém, mesmo nas circunstâncias ideais de uma sociedade bem ordenada, pode ocorrer, quanto a sua aplicação aos casos concretos, diferentes interpretações relativas aos fundamentos da teoria da justiça como equidade. Rawls parece indicar que o mecanismo político capaz de resolver essa situação está definido na construção de sua teoria constitucional. (RAWLS, 1999a, p. 175). Rawls deseja, portanto, que o papel desempenhado pelo Tribunal faça sentido no mundo real através da necessária ligação da Constituição aos princípios de justiça escolhidos na posição original. Rawls, já em *A theory of justice*, descreve o judiciário como elemento de garantia às condições de um sistema justo de cooperação social.

A constituição para Rawls deve ser entendida como um procedimento justo capaz de, no primeiro momento, determinar a plena defesa da liberdade, garantindo que os cidadãos tenham oportunidade de participarem no processo político da democracia constitucional⁹⁶. A

⁹⁴ Segundo Rawls (2008, p. 243; 1999a, p. 174), “os projetos de lei são julgados do ponto de vista de um legislador representativo que, como sempre, não tem conhecimento de particularidades sobre si mesmo. O arcabouço legislativo deve atender não só aos princípios de justiça, mas a quaisquer limites impostos pela constituição. Por meio desses movimentos para frente e para trás entre os estágios da legislatura e da convenção constituinte, encontra-se a melhor constituição”.

⁹⁵ Tugendhat (1988, p. 35) critica o fato de Rawls propor a compreensão da posição original em quatro estágios, já que não reconhece um estágio anterior, capaz de valorá-la moralmente. Critica também a extinção completa do véu da ignorância no quarto estágio, alegando que diante disso não há mais nada que garanta a imparcialidade na execução da justiça sendo que os princípios de justiça não poderiam ser sustentados nesse estágio.

⁹⁶ Para Rawls (2008, p. 274; 1999a, p. 195), “em primeiro lugar, a autoridade que determina as políticas sociais básicas reside num corpo representativo escolhido, para ocupar um cargo durante um período determinado, [...] Todos os adultos mentalmente sadios têm o direito de participar dos assuntos políticos, e na medida do possível honra-se o preceito um-eleitor-um-voto. As eleições são justas e livres, e realizadas regularmente [...] Há rigorosas proteções constitucionais para determinadas liberdades, particularmente para a liberdade de expressão e de reunião. O princípio da oposição política leal é reconhecido; os choques das convicções políticas, e dos interesses e atitudes que tendem a influenciá-las, são aceitos como uma condição normal da vida humana”.

extensão da participação política dos cidadãos é definida e limitada pela constituição, que restringe a autoridade da maioria através de dispositivos tradicionais do constitucionalismo como o bicameralismo, a separação de poderes e uma carta de direitos corretamente aplicada pelos tribunais. (RAWLS, 1999a, p. 197). Além disso, a constituição deve privilegiar o princípio da legalidade, limitando os poderes do governo, ao mesmo tempo que lhe concede a autoridade para elaborar e fazer cumprir a lei. (WEITHMAN, 2010, p. 360).

Em relação à formação da carta constitucional, pode-se afirmar que se trata de um processo político que visa à tomada de decisão em todos os processos subsequentes. Assim sendo, garante-se um procedimento no qual as decisões políticas e legislativas sejam oriundas do senso de justiça dos representantes. Rawls, porém, não aponta a Constituição, por si só, como um exemplo de cooperação social, já que apesar de ela estabelecer regras e procedimentos pelos quais todos se comprometem a respeitar e ser escrita, oferecendo termos públicos de aceitação e regramento, há necessidade de concordar com um padrão moral de justiça anterior à própria Constituição. A principal função da Constituição para Rawls seria proteger os direitos individuais associados ao primeiro princípio de justiça, garantindo a autonomia dos indivíduos com um sistema de direitos que podem ser igualmente concedidos a todos os cidadãos (RAWLS, 2000b, p.150).

A perspectiva teórica de Rawls relativa à aplicação dos princípios de justiça na sequência dos quatro estágios permite destacar os primeiros traços característicos da visão de Direito desenvolvida pelo filósofo norte-americano. Assim, Rawls defende uma concepção formal de justiça, marcada pela administração regular e imparcial das normas comuns, transformada em estado de Direito quando aplicada ao sistema jurídico. (RAWLS, 1999a, p. 207). Essa administração regular e imparcial da lei, Rawls dá o nome de justiça como regularidade, por ser mais sugestiva que a expressão justiça formal. Há, nesse aspecto, o encontro da justiça substantiva, definida pelos princípios da justiça, que assumem o papel da justiça, com a justiça formal, que encerra o princípio da legalidade, pois Rawls não se preocupa apenas com a construção de uma sistema formal de proteção de direitos. (RAWLS, 1999a, p. 177). A crença de que a constituição e, conseqüentemente, a legislação inferior deve aderir a um padrão moral é uma posição coerente evidente durante todo o trabalho de Rawls. (ZAMBRANO, 2001, p. 880).

Conforme Rawls (2008, p. 293; 1999a, p. 208)

um sistema jurídico é uma ordem coercitiva de normas públicas dirigidas a pessoas racionais para organizar sua conduta e prover a estrutura da cooperação social. Quando essas regras são justas, elas estabelecem uma base para expectativas

legítimas. Constituem as bases que possibilitam que as pessoas confiem umas nas outras e reclamem, com razão, quando não veem suas expectativas satisfeitas.

O conceito de sistema jurídico apresentado por Rawls evidencia a preocupação do autor em assegurar aos indivíduos, fazendo uso apenas indiretamente da coerção, a proteção das liberdades fundamentais. Visando assegurar uma concepção de Direito coerente com as faculdades morais da pessoa (capacidade de definir uma concepção de bem e de ter um senso de justiça), Rawls defende um sistema jurídico democrático e constitucional, no qual todas as suas particularidades sejam irrigadas pelos elementos constitucionais. (RAWLS, 1996, p. 18). Somente dessa forma será garantida a todos os cidadãos a possibilidade de perseguir seus interesses e cumprir com suas obrigações, garantindo a plena cooperação. O Direito, então, para Rawls caracteriza-se institucionalmente como “um sistema de normas públicas dirigidas a pessoas racionais [...] com o propósito de regular sua conduta e prover a estrutura da cooperação social”. (RAWLS, 1999a, p. 207).

A concepção de Direito apresentada na obra de Rawls estabelece a forma como os princípios de justiça adentram na vida cotidiana dos cidadãos, fazendo com que os princípios de justiça se façam presentes nas relações interpessoais de forma política. Essa perspectiva sintetiza a relação fundamental entre direito e moral que Rawls desenvolve em sua obra, determinando um distanciamento em relação à vertente positivista de Hart e Kelsen⁹⁷ e a vertente utilitarista de Bentham. Tal concepção é reforçada no decorrer de toda a obra de Rawls, pois o autor sempre deixou claro que o Direito deve ser norteado pelos princípios de justiça, base de uma moralidade política capaz de garantir a cooperação social. Porém, o Direito em Rawls mantém as características de um sistema de normas públicas independente (*freestanding*) que regula a sua própria dinâmica de aplicação e funcionamento.

Um dos preceitos fundamentais erguidos pelo sistema jurídico defendido por Rawls é o princípio segundo o qual casos semelhantes devem receber tratamento semelhante (RAWLS, 1999a, p. 209). Esse é um preceito fundamental, pois limita de modo significativo a

⁹⁷ A teoria pura do Direito de Kelsen surgiu como uma tentativa de promover a independência da ciência jurídica, desvinculada da ciência natural e da moral e da política. Porém, como critica Dworkin, o positivismo acaba permitindo o uso do poder discricionário pelos juízes quando nenhuma regra pode ser aplicada a um caso concreto, decidindo, curiosamente, de acordo com suas próprias convicções morais. Tal ideia pode ser observada na seguinte passagem de do famoso jurista (KELSEN, 2006, p. 390): “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível [...] A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.

discricionariedade na aplicação da lei. A ideia de igualdade fica explicitada, já que tal sistemática garante a obediência ao sistema jurídico no qual se está inserido, bem como a exigência de coerência na interpretação das normas⁹⁸. Tal exigência de coerência vale naturalmente para a interpretação de todas as regras e para justificativas em todos os níveis, assegurando que as pessoas regulem suas ações por meio de regras.

A exigência de isonomia e de coerência na interpretação da lei estão diretamente ligadas ao princípio de que não há crime sem lei (*Nullum crimen sine lege*). Para Rawls, esse princípio é fundamental para um ordenamento político e social justo, pois exige que as leis sejam conhecidas e expressamente promulgadas e que as normas jurídicas sejam universais e genéricas tanto na forma quanto na intenção. (RAWLS, 1999a, p. 209). A forma do Direito em Rawls fica marcada pela legalidade. A preocupação do autor com a objetividade e imparcialidade é também demonstrada nos princípios relativos à justiça natural, voltados para a preservação de integridade do processo jurídico. (RAWLS, 1999a, p. 209). O filósofo norte-americano entende que, se as leis são diretrizes endereçadas a pessoas racionais para sua orientação, os tribunais devem se preocupar com a aplicação e imposição apropriada dessas regras, impondo exigências mínimas que estabeleçam a condução ordenada de julgamentos e audiências, bem como da produção de provas; e que garantam o respeito ao devido processo legal. (RAWLS, 1999a, p. 209). Dessa forma, os princípios da justiça natural devem assegurar que a ordem jurídica seja imparcial e regularmente mantida, garantindo que os juízes sejam independentes e não atuem em causa própria e que os julgamentos sejam justos e abertos ao público sem serem influenciados pelo clamor público.

Devido a essas características, Dworkin (2004, p. 1394) sustenta que a construção teórica rawlsiana fundamenta um conceito de direito ligado ao que ele chama de *interpretativismo*. Para o jurista, as ideias de Rawls estão fortemente vinculadas à noção de que aquilo que o Direito exige depende não apenas de fatos sociais, como nas doutrinas positivistas, mas também de questões normativas controversas que incluem as questões morais. (DWORKIN, 2004, p. 1388). Além disso, parte-se também do artifício da posição original para se fundamentar a escolha dos representantes pela concepção antipositivista de Direito, já que, conforme expõe Dworkin (2004, p. 1394), uma concepção positivista de

⁹⁸ Segundo Rawls (2008, p. 294; 1999a, p. 209), “acaba ficando difícil formular os argumentos fundamentados para julgamentos discriminatórios, e a tentativa de fazê-lo torna-se menos convincente. Esse preceito vale também em casos de equidade, isto é, quando se deve abrir uma exceção porque a norma vigente provoca um dano inesperado. Mas com a seguinte ressalva: uma vez que não há uma linha divisória clara que separe esses casos excepcionais, chega-se a um ponto, como nas questões de interpretação, em que quase todas as diferenças terão importância. Nesses casos, aplica-se o princípio da autoridade, e basta o peso da jurisprudência ou do veredicto anunciado”.

Direito determina que os juízes, ao aplicarem as regras criadas pelo poder legislativo, exerçam sua atividade mediante consulta à história legislativa de seu sistema. Além disso, no caso de insuficiência para decidir um caso concreto, os juízes podem declarar que o sistema jurídico não oferece nenhuma resposta e, então, legislam por conta própria para preencher a lacuna legal, exercendo o poder discricionário. Fica evidente que tal posicionamento não garante a segurança necessária exigida pela justiça como equidade⁹⁹.

Por outro lado, os representantes na posição original seriam atraídos a escolher uma concepção interpretacionista do Direito, pois nesse modelo os juízes devem aplicar as regras criadas pelo poder legislativo, e quando houver uma lacuna, os juízes não devem legislar como o poder legislativo o faria, mas devem tentar identificar os princípios procedimentais e substanciais de justiça que melhor justificam o direito da comunidade como um todo. Assim sendo, os representantes escolherão uma concepção capaz de construir um judiciário com poderes e responsabilidades independentes¹⁰⁰. Nesse sentido, os cidadãos ficam mais protegidos contra qualquer forma de arbitrariedade quando os juízes interpretam o Direito de acordo com um critério de coerência baseado nos princípios de justiça, não justificando suas decisões em doutrinas específicas. (DWORKIN, 2004, p. 1395).

Esse modelo impede que o juiz substitua a vontade política, assumindo o papel do legislador e criando um direito “posterior”, pois isso não só significaria ausência de legitimidade nas decisões advindas do Poder Judiciário, mas também incerteza e insegurança para os cidadãos. O sistema jurídico deve cumprir a função de proteger os direitos e as liberdades básicas dos cidadãos, bem como a estabilidade da sociedade política como um todo, já que projeta sua atuação em harmonia com os princípios de justiça. Cumprindo essa

⁹⁹ Nesse sentido, Dworkin (2007, p. 291-294) constrói sua crítica contra o positivismo jurídico e o poder discricionário dos juízes, desenvolvendo a ideia de Integridade no Direito: “o Direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas [...] O Direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”.

¹⁰⁰ Segundo Dworkin (2010, p. 353; 2004, p. 1394), os representantes na posição original “se sentirão igualmente atraídos pela ideia de que os juízes também devem exercer uma supervisão menos enérgica, mas ainda assim importante, da aplicação e do desenvolvimento cotidiano do direito por parte dos poderes legislativos. E pela ideia adicional de que eles devem exercer esse poder tendo em vista a igualdade perante a lei, isto é, insistindo que, na medida em que assim o permita uma doutrina bem fundada da supremacia legislativa, quaisquer princípios inferidos a partir do que o legislativo fez em prol de alguns grupos também possam estar ao alcance de todos. Elas vão ter esse motivo forte para favorecer uma concepção interpretacionista do direito que considera que as pessoas tem o direito não apenas àquilo que as instituições legislativas determinaram especificamente, mas também à elaboração baseada em princípios de tais determinações. A coerência é a melhor proteção contra a discriminação”.

função, o Direito reforçará a segurança dos cidadãos perante a sociedade legal, desenvolvendo seu senso de justiça, pois eles sabem que toda e qualquer questão que envolva demanda de direitos não será guiada por determinada concepção de justiça, desrespeitando a esfera privada de todos os cidadãos. (RAWLS, 1996, p. 231).

Verifica-se, dessa maneira, que o projeto inicial rawlsiano de implementação de uma democracia constitucional tem seu foco central no aspecto da legitimidade. Em *A theory of justice*, Rawls projeta uma concepção de justiça coerente com as aspirações democráticas, protegida por uma ordem constitucional. Porém, essas duas aspirações, sem a definição bem clara de atuação, na esfera constitucional, das instituições jurídicas pode significar um aspecto negativo em relação às questões de legitimidade. Rawls parece propor a proteção de valores democráticos com instituições fora do controle popular, que só seriam legitimadas se fossem continuamente afirmadas pelo povo. Encontrar uma solução para esse problema foi um dos principais objetivos instuídos pelo autor em seus escritos posteriores, já que a questão da legitimidade estava ligada a sua preocupação em relação à estabilidade. (WEITHMAN, 2010, p. 65).

A questão principal aqui é tornar praticável a fusão dos princípios de justiça com as instituições jurídicas existentes. Rawls pretende conjugar as defesas legais do constitucionalismo com a participação democrática de todos, mas esbarra nos problemas discutidos no capítulo anterior, vinculados, principalmente, com a parte final de *A theory of justice* e que levaram o autor a reformular muitos aspectos de sua teoria da justiça. (FREEMAN, 2007b, p. 168).

Tais ideias deixam claro que se deve interpretar a concepção de Direito em Rawls a partir de sua concepção política de justiça, caracterizada por um esquema normativo de pensamento, livremente aceito, elaborado para a estrutura básica da sociedade, a partir de um fundo compartilhado de ideias básicas. (NEDEL, 2000, p. 80). A ideia de Direito de Rawls deve ser analisada a partir da concepção política de justiça, apresentada em seus escritos posteriores, que deve ser independente de todas doutrinas compreensivas, não pressupondo nenhuma doutrina particular de maior alcance, e ser elaborada sem levar em conta qualquer autoridade moral. Na concepção política de justiça de Rawls, não há como pensar uma teoria do Direito que seja independente de qualquer doutrina moral abrangente, sem levar, para um nível jurídico, as considerações relativas ao papel que

exerce o equilíbrio reflexivo na fundamentação ética e política da justiça como equidade¹⁰¹.

A concepção política de justiça é uma visão autossustentada que tem como traço distintivo a não-dependência da justificação em relação a qualquer doutrina abrangente. A concepção política seria, portanto, um módulo capaz de se encaixar em várias doutrinas abrangentes razoáveis, podendo conquistar o apoio necessário. (RAWLS, 1996, p. 12). Essa característica faz com que a concepção de justiça se configure em uma concepção razoável sobre a estrutura da sociedade, sem identificar-se exclusivamente com nenhuma forma de pensamento vigente nela. (QUINTANA, 1996, p. 152). Neste sentido, sua ideia acerca da constituição se restringiria aos elementos mais fundamentais que existem em sociedade e que devem ser organizados e protegidos, já que a concepção política de justiça é a expressão de seu conteúdo por meio de certas ideias fundamentais, implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática. (RAWLS, 1996, p. 8). Assim sendo, todos os cidadãos reúnem convicções políticas profundamente arraigadas, como a tolerância e o repúdio à escravidão, devendo organizar os ideais aí implícitos em uma concepção de justiça. (RAWLS, 1999e, p. 390).

A carta constitucional, portanto, deve se preocupar fundamentalmente com o fato do pluralismo razoável, tendo a ideia de consenso sobreposto como fundamental para sua construção. (RAWLS, 1999j, p. 422). Esse aspecto reforça a ideia de que os princípios de justiça devem servir para regular a estrutura básica da sociedade sem recorrer a nenhuma verdade suprema, buscando um acordo equitativo entre os próprios cidadãos que promova o benefício mútuo, respeitado o fato do pluralismo razoável. Segundo Rawls, os cidadãos não podem chegar a um acordo sobre aquilo que suas crenças determinam como lei natural, devendo ser adotada uma visão construtivista para especificar os termos equitativos de cooperação social, como determinados pelos princípios de justiça. As bases dessa visão encontram-se nas ideias fundamentais da cultura política e pública e nas concepções da razão

¹⁰¹ Conforme explica Dworkin (1993, p. 250), “este segundo modelo, o construtivo, não é estranho aos juristas. É análogo a um modelo de decisão judicial no direito costumeiro. Suponhamos que um juiz se veja diante de uma exigência nova [...] Ele deve analisar os precedentes que pareçam, de algum modo, relevantes para ver se algum princípio que esteja, digamos, embutido em tais precedentes diz respeito ao pretendido direito [...] Poderíamos conceber esse juiz como na situação de um homem que, a partir de suas intuições morais, pretenda formular uma teoria geral da moralidade. Os precedentes específicos são análogos às intuições; o juiz tenta obter um ajuste entre esses precedentes e um conjunto de princípios que possa justificá-los [...] Porém, ele não pressupõe que os precedentes sejam vislumbres de uma realidade moral e, portanto, indícios de princípios objetivos que ele termina afirmando. Não acredita que os princípios estejam embutidos nos precedentes nesse sentido. Em vez disso, no espírito do modelo construtivista, aceita esses precedentes como especificações de um princípio que ele deve construir tomando por base o senso de responsabilidade relativamente à coerência com os precedentes”.

prática compartilhadas por todos. (RAWLS, 1996, p. 97). Assim sendo, fica demonstrada a importância, para um regime constitucional, da fundamentação dos princípios de justiça na razão prática, pois é somente endossando uma concepção construtivista (não metafísica) que os cidadãos podem encontrar princípios de aceitação total entre todos, sem negar os aspectos mais profundos de suas doutrinas razoáveis. (RAWLS, 1999j, p. 425).

Nesse sentido, nenhuma doutrina abrangente é apropriada para um regime constitucional, já que não respeita a pluralidade inerente às sociedades contemporâneas. Aqui entra a importância do consenso sobreposto, e de todo o seu processo formal de formação. (RAWLS, 1996, p, 158). Assim, em um primeiro estágio, há um consenso constitucional sobre os princípios liberais de justiça política, sem supor ideias fundamentais de uma concepção política sobre a sociedade e sobre as pessoas. O consenso, nesse momento, não é profundo, já que apenas estabelece procedimentos democráticos que moderem a rivalidade política na sociedade.

Conforme Rawls (1999b, p. 206; 1996, p. 159)

Embora haja concordância sobre certas liberdades e direitos políticos fundamentais – sobre o direito do voto, a liberdade de expressão e de associação políticas, e tudo o mais que os procedimentos eleitorais e legislativos da democracia requerem -, há discordância entre aqueles que defendem princípios liberais com respeito ao conteúdo e aos limites mais exatos desses direitos e liberdades, bem como com respeito a que outros direitos e liberdades devem ser considerados fundamentais e, por conseguinte, merecer proteção legal, quando não proteção constitucional. O consenso constitucional não é profundo e tampouco é amplo: seu âmbito é restrito, não inclui a estrutura básica, mas apenas os procedimentos políticos do governo democrático.

O consenso constitucional, portanto, estabelece somente os procedimentos políticos do governo democrático. Ele tem origem quando, por razões históricas, certos princípios liberais de justiça são incorporados às instituições existentes e são aceitos como *modus vivendi*, fazendo com que, com o passar do tempo, os cidadãos endossem tais princípios. (WEITHMAN, 2010, p. 301). O consenso constitucional precisa também se tornar estável, exigindo que os princípios liberais satisfaçam o conteúdo de certas liberdades e direitos políticos fundamentais, dando-lhes prioridade especial. Além disso, é imprescindível que haja um determinado tipo de razão pública na aplicação desses direitos, desenvolvendo e estimulando virtudes cooperativas nos cidadãos. (WEITHMAN, 2010, p. 302). Esse contexto projeta um poder constituinte distante dos termos tradicionais, já que não pressupõe a constitucionalização dos direitos naturais, mas sim princípios de justiça, fazendo com que o acordo constitucional esteja fundamentado em um sistema ético amplo que assegura a ampla

legitimidade de todo o sistema jurídico. A Constituição, portanto, será estável e duradoura, pois vem sustentada por numa concepção de justiça amplamente aceita por uma sociedade plural.

O consenso constitucional efetiva dois pontos fundamentais das teorias constitucionais, pois delimita os princípios fundamentais de legitimação e limitação do poder estatal e os direitos e liberdades básicas. A preocupação com a questão da compatibilização das liberdades básicas, desde suas primeiras obras, evidencia a relevância que o autor dá em sua obra ao tema das garantias constitucionais. Para Rawls, esses direitos são fruto da capacidade moral dos indivíduos, o que garante a sua validade através de valores que dizem respeito a uma natureza humana em geral, ideia esta que por si mesma não determina nenhuma forma específica de vida (VITA, 1993, p. 113). Assim, a constituição reflete os valores éticos compartilhados pela comunidade política, garantindo os laços naturais de sustentação da vida comunitária a partir do senso de justiça dos membros da sociedade. Como resultado, a ordem constitucional impede que a interpretação de seus princípios ocorra por meio dos valores concretos de uma doutrina abrangente. (GALSTON, 2004, p. 65).

Isso significa também que a Constituição deve promover as virtudes de cooperação social. Ela deve apontar para os cidadãos o valor de viver sob a égide de um regime constitucional e democrático que garanta o respeito a todos, fazendo com que eles percebam a importância de aplicação dos princípios materializados na carta constitucional. (FREEMAN, 2007b, p. 207). Nesse sentido, Rawls rompe com a teoria constitucional que determina que os princípios constitucionais devem incorporar valores morais. O posicionamento do filósofo norte-americano é plenamente coerente com a sua teoria social, pois visa evitar um viés autoritário do ordenamento jurídico, respeitando a pluralidade inerente à sociedade moderna. A teoria constitucional presente na obra de Rawls é caracterizada por uma origem imparcial e independente (*free-standing*) de qualquer contexto moral específico, porém sem perder a íntima ligação entre Direito e Moral se é capaz de garantir a estabilidade social.

Dessa perspectiva, Rawls propõe a tese de que os conflitos morais devem ser resolvidos a partir de princípios constitucionais aceitáveis por todos. A ideia de consenso sobreposto é justamente garantir um acordo sobre razões legítimas, sedimentado na concepção de pessoa, capaz de tornar obrigatório o cumprimento dos cidadãos. Assim, os princípios constitucionais estarão validados no coerentismo rawlsiano sem possibilidade de serem ilegítimos ou inválidos. Isso significa que é apenas no caso concreto que um princípio pode ser afastado em virtude de outro princípio, mediante argumentações razoáveis apresentadas em defesa no caso específico.

Esse posicionamento de Rawls está em concordância com a posição de Habermas que defende a necessidade de retirar os valores morais como fundamento essencial e último do Direito, pois isso significaria em uma fundamentação metafísica do ordenamento legal, contraditória com o pluralismo inerente das sociedades atuais. Porém, para ambos os autores isso não significa uma relação inexistente entre Direito e Moral. Deve haver sempre uma relação de complementariedade, sem hierarquização¹⁰². Apenas essa relação é apta a garantir a estabilidade do ordenamento jurídico, pois uma democracia constitucional somente será estável se estiver em estreita relação com o senso de justiça dos cidadãos¹⁰³.

Dessa forma, devido à adoção de tais princípios na constituição, os cidadãos, de alguma forma, passam a alterar suas doutrinas abrangentes caso elas sejam contrárias a esses princípios liberais, garantindo-se, então, liberdades e direitos políticos fundamentais. Nesse momento, as visões abrangentes dos cidadãos tornam-se razoáveis e o pluralismo existente na sociedade passa a ser um pluralismo razoável. (RAWLS, 1996, p. 163). A partir de então, chega-se ao consenso sobreposto propriamente dito. Enquanto o consenso constitucional tem como objeto certos princípios de liberdades, direitos políticos fundamentais e procedimentos democráticos, sem atingir a estrutura básica da sociedade, o consenso sobreposto caracteriza-se como um acordo profundo sobre os princípios políticos que tem por base uma concepção política de justiça que procura abarcar a estrutura básica da sociedade. (RAWLS, 1996, p. 10). Assim, de uma perspectiva institucional, pode-se afirmar que Rawls aceita a relativa autonomia do direito enquanto um sistema de regras, na linha do pensamento de Hart¹⁰⁴, porém o conteúdo do direito no caso da justiça como equidade se dá de forma bastante diferente, não fundamentado em um direito natural mínimo, como defende Hart, mas sim em

¹⁰² Segundo Habermas (1997, p. 154), “a moral pode irradiar-se a todos os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistematicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao Direito [...] Só poderemos avaliar a propagação dos conteúdos morais pelos canais das regulamentações jurídicas, quando encararmos o sistema do Direito como um todo”.

¹⁰³ Para que isso aconteça, é preciso que todos os cidadãos incorporem os princípios constitucionais como valores morais componentes de sua doutrina ética particular, no que Habermas denominou de “patriotismo constitucional” e Rawls, de “consenso sobreposto”.

¹⁰⁴ Hart (2009, p. 128; 1997, p. 121) estabelece apenas duas condições mínimas e necessárias para a existência de um sistema jurídico: “por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas, e por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários. A primeira condição é a única que os cidadãos privados necessitam de satisfazer: podem obedecer cada qual “por sua conta apenas” e sejam quais forem os motivos por que o façam. (...) A segunda condição deve também ser satisfeita pelos funcionários do sistema. Eles devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros”

princípios de justiça definidos através de um procedimento político caracterizado pelo consenso sobreposto.

Nessa segunda etapa, primeiramente, os grupos políticos, de uma forma ou de outra, são forçados a participar da discussão em foro público, trazendo para a discussão outros grupos que não apoiam a mesma doutrina abrangente. (QUINTANA, 1996, p. 162). Isso implica a elevação da discussão para o âmbito de concepções políticas de justiça mais amplas que possam ser justificadas publicamente. Logo em seguida, surgem reivindicações relacionadas à extensão do consenso. (QUINTANA, 1996, p. 162), já que é preciso garantir que haja um certo nível mínimo de bem-estar material e social que torne os cidadãos capazes de participar da sociedade como iguais. Ele transcende os princípios políticos presentes na etapa constitucional, para incluir princípios que abordem a estrutura básica da sociedade, garantindo liberdades que vão além das liberdades políticas¹⁰⁵.

Além disso, as autoridades responsáveis pela revisão judicial precisam desenvolver uma concepção política de justiça que será a base para a interpretação da Constituição e para a solução dos casos importantes, já que o consenso constitucional é muito restrito. Torna-se necessário um perfil jurídico e político capaz de garantir as liberdades de consciência e pensamento, as liberdades de associação e movimento e outras medidas que possibilitem a participação na vida política e social. A ideia geral de Rawls é a de que, ao longo do tempo, a partir de um *modus vivendi* instável, passando por um consenso constitucional em direção, finalmente, a um consenso sobreposto, os cidadãos ganham confiança uns nos outros e respeito pelos limites da razão pública, garantindo harmonia entre a concepção política e as visões abrangentes.

Percebe-se que o autor não propõe uma noção específica de Direito ou uma teoria de aplicação das leis, a não ser de forma indireta, na análise de conceitos fundamentais do liberalismo político como o consenso sobreposto e a ideia de razão pública. Assim, deve-se pensar a totalidade de seu pensamento ético-político para que não se formule uma ideia de Direito inadequada com o pensamento de Rawls. Como o Direito é o meio de aplicação dos princípios de justiça na realidade, ele não pode se afastar dos critérios de justiça defendido pelo filósofo norte-americano. Dessa forma, ele não pode apresentar fundamentos metafísicos

¹⁰⁵ Segundo Rawls (1999b, p. 211; 1996, p. 164), “a profundidade de um consenso sobreposto requer que seus princípios e ideais políticos tenham por base uma concepção política de justiça que utilize as ideias fundamentais de sociedade e pessoa da forma ilustrada pela justiça como equidade. Sua extensão vai além dos princípios políticos que instituem os procedimentos democráticos, e inclui os princípios que abarcam a estrutura básica como um todo; por isso, seus princípios também estabelecem certos direitos substantivos, como a liberdade de consciência e pensamento, além da igualdade equitativa de oportunidades e de princípios que atendam a certas necessidades essenciais”.

ou derivados de doutrinas morais abrangentes, já que está vinculado a fundamentação política da justiça.

Para que o conceito de Direito não caia no mais puro relativismo diante de sua aplicação aos casos concretos, se faz necessário definir o estágio constitucional como os pilares de sustentação legítimos e materiais para fundamentar uma teoria do Direito em Rawls, pois os direitos e liberdades básicas listados na constituição têm sua origem nos princípios de justiça que, por sua vez, são derivados do senso de justiça dos cidadãos. Nesse sentido, ocorre uma preponderância dos princípios de justiça sobre a estrutura jurídica, havendo um critério independente para avaliar as legislaturas e as decisões constitucionais que leve em conta a existência de um acordo moral e político profundo.

A concepção política de justiça não exige do Direito uma fundamentação que busque uma verdade firme e definitiva, mas uma verdade mitigada, que leve em conta a estrutura da justiça para uma sociedade marcada pelo pluralismo de doutrinas abrangentes. Essa realidade é alvo da crítica de muitos autores que acusam Rawls de não esclarecer satisfatoriamente a relação entre direito positivo e justiça política. Segundo Habermas (1995, p. 114), quanto mais Rawls acredita poder apoiar sua teoria da justiça em um determinado contexto democrático, mais impreciso fica o limite entre a fundamentação filosófica dos princípios de justiça e fundamentação política de uma comunidade jurídica concreta em relação a seus preceitos normativos de convivência. Com isso, Habermas (1995, p. 115) alega que Rawls se concentra exclusivamente em questões de legitimidade do Direito, sem tematizar a sua forma como tal, e com isso, a dimensão institucional do direito. Rawls ignoraria, portanto, questões vinculantes e fundamentais ligadas ao Estado Democrático de Direito como questões ligadas aos processos de decisões institucionais¹⁰⁶.

Muitas dessas questões levantadas por Habermas perdem força, pois vários pontos da obra de Rawls levantam questões ligadas à relação entre Direito Positivo e a concepção

¹⁰⁶ Segundo Habermas (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 129), “no primeiro nível da construção da teoria, Rawls se ocupa também de questões relativas a institucionalização em termos de Estado de Direito dos princípios de justiça fundamentados primeiramente em abstrato. Tampouco desconhece Rawls o aspecto da sanção estatal em referente a que o direito coercitivo está associado de forma externa com o comportamento de seus destinatários. Porém, a relação entre Direito Positivo e justiça política permanece obscura. Rawls se concentra em questões referentes à legitimidade do Direito, sem tematizar a forma jurídica como tal, nem, portanto, a dimensão institucional do Direito. Não chega a ver o específico da validade jurídica, a saber, a tensão imanente do Direito entre facticidade e validade [...] A realidade que se opõe a norma se reduz no segundo nível de reflexão, um nível articulado reflexivamente, às condições culturais de aceitação da teoria da justiça. Rawls medita sobre a plausibilidade que pode resultar os princípios de justiça sobre o fundo das tradições políticas e no contexto cultural da comunicação pública de uma sociedade pluralista contemporânea. Porém, não se refere aos processos de decisão efetivamente institucionalizados e às tendências evolutivas sociais e políticas, que podem discorrer em sentido contrário aos princípios do Estado de Direito e oferecer às instituições da sociedade bem-ordenada uma imagem mais sarcástica de si”.

política de justiça. Nesse sentido, pode-se citar a questão da discricionariedade do juiz, o papel da jurisprudência em uma sociedade bem-ordenada; a consistência argumentativa que deve ter o Direito em Rawls, conforme se verifica na ideia de razão pública; além da importante função que a lei tem de resguardar os direitos e liberdades básicos dos cidadãos com coerência sistemática entre princípios e senso de justiça dos cidadãos.

Essas questões todas são levantadas por Rawls ao tratar da noção de razão pública, que fundamenta os critérios de aplicação dos princípios de justiça, definindo os tipos de argumento que os tribunais podem usar em uma sociedade plural. Trata-se de um ponto fundamental na definição do modelo de Direito que Rawls apresenta, pois explicita a ideia de que são os valores políticos que devem fundamentar a construção do Direito, pois só assim serão protegidos todos os direitos e liberdades básicos, impedindo que todo o sistema jurídico seja utilizado a serviço de uma dada doutrina moral abrangente ou de uma determinada classe de poder.

4.2 O Senso de Justiça e a Razão Pública: o papel da Suprema Corte na Efetivação dos Princípios de Justiça

A noção de razão pública apresentada por Rawls pode ser tomada como o ponto central capaz de unificar a ideia de senso de justiça e atividade jurisdicional na obra do autor. Através do desenvolvimento de tal conceito e da maneira como o filósofo norte-americano vê a atividade e a função da Suprema Corte, podem-se fixar os argumentos e a forma ideal de legitimação da atividade jurisdicional, de acordo com os critérios aceitos pelos cidadãos.

Rawls apresenta a razão pública como um ideal de cidadania democrática que garante o dever moral de os cidadãos explicarem e defenderem uns aos outros publicamente¹⁰⁷. Trata-se da razão de cidadãos iguais, enquanto corpo coletivo, de exercer o poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar a constituição. (RAWLS, 1996, p. 214). Em outras palavras, somente valores políticos devem resolver questões fundamentais ligadas aos elementos constitucionais essenciais e às questões de justiça básica. (RAWLS, 1996, p. 214). As políticas que os cidadãos propõem devem ser congruentes com os valores políticos da razão pública e com a liberdade e igualdade almejada por todos. Assim, ela não se

¹⁰⁷ Rawls (1999b, p. 262; 1996, p. 213) deixa claro “que a razão pública deva ser entendida dessa forma e respeitada pelos cidadãos não é, evidentemente, uma questão jurídica. Enquanto concepção ideal de cidadania para um regime democrático constitucional, ela mostra como as coisas devem ser, considerando as pessoas tais como uma sociedade justa e bem-ordenada as encorajaria a ser. Descreve o que é possível e pode vir a ser, mesmo que isso nunca ocorra, e não é menos fundamental por isso”.

limita ao foro legislativo, sendo assumida pelos cidadãos como um critério de legitimação, que faz com que expressem o ideal de razão pública a partir da convicção de suas doutrinas particulares razoáveis. (RAWLS, 1996, p. 217).

Segundo Rawls (1999b, p. 266; 1996, p. 217)

o exercício do poder político é próprio e, por isso, justificável somente quando é exercido de acordo com uma constituição cujo elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideais aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais. Esse é o princípio liberal da legitimidade.

Desse princípio de legitimidade, o autor deriva o dever moral (e não legal) chamado de dever de civilidade, que consiste na capacidade de, no tocante às questões fundamentais, explicar aos outros de que maneira os princípios e políticas que se defendem e nos quais se vota podem ser sustentados pelos valores políticos da razão pública. (RAWLS, 1996, p. 217). Esse dever também implica a disposição de ouvir os outros, e uma equanimidade para decidir quando é razoável que se façam ajustes para conciliar os próprios pontos de vista com os de outro, já que para respeitar uns aos outros, os cidadãos devem adotar uma linguagem comum. (MAFFETTONE, 2010, p. 277).

Assim, os limites da razão pública não são especificados para exclusivamente se voltarem para as questões políticas fundamentais, mas também para se aplicarem aos cidadãos em geral, pois se não fosse assim, a ideia de cooperação social não seria viável. Dessa maneira, o conteúdo da razão pública é o conteúdo da concepção política de justiça, expressando-se na visão de justiça como imparcialidade, na especificação de direitos, liberdades e oportunidades. (QUINTANA, 1996, p. 165). Ele terá um papel fundamental na justificação pública da teoria da justiça de Rawls ao defender os termos propostos no consenso constitucional (primeiro estágio do consenso sobreposto), atribuindo prioridade especial aos direitos e liberdades fundamentais e endossando medidas garantidoras para torná-los efetivos.

A citação acima de Rawls pode sugerir, em um primeiro momento, que a legitimidade se refere somente ao exercício do poder político, concretizado em resultados políticos específicos como as decisões judiciais. Porém, conforme expõe Weithman (2010, p. 313), trata-se de um erro, já que, na mesma parte da obra, Rawls afirma que os cidadãos razoáveis entendem essa ideia de legitimidade aplicada à estrutura geral de autoridade, ou em outras palavras, à Constituição. Rawls deixa claro, portanto, que a legitimidade se aplica no

exercício do poder democrático do povo de escrever uma Constituição¹⁰⁸. Como visto anteriormente, a Constituição de uma sociedade bem-ordenada é escrita na segunda etapa da “sequência de quatro estágios”, devendo, portanto, ser especificada por critérios que direcionem a razão daqueles que definem a aplicação dos princípios de justiça na Constituição. Nesse sentido, os princípios e a razão pública têm o mesmo alicerce, sendo partes complementares de um mesmo acordo, já que é na posição original que as partes, ao escolher os princípios de justiça, escolhem também os critérios da razão pública para aplicá-los¹⁰⁹.

Dessa forma, Rawls (1996, p. 225), deixa claro que, ao garantir os interesses das pessoas que representam, as partes (na posição original) insistem em que a aplicação dos princípios substantivos seja norteada pelas razões que é razoável esperar que as pessoas que representam venham a subscrever. É nesse contexto que se evidencia o princípio da legitimidade. Garante-se, assim, que o conteúdo da razão pública possa variar dentro dos limites dos princípios de justiça. Basta que os cidadãos conduzam suas discussões fundamentais dentro daquilo que cada qual considera uma concepção política de justiça, baseada em valores que se pode razoavelmente esperar que outros subscrevam, e cada qual está, de boa-fé, preparado para defender. (RAWLS, 1996, p. 226).

Segundo Rawls (1996, p. 231), para haver uma correta aplicação do dever de civilidade, a razão pública especifica a atribuição de prioridade a certos direitos e liberdades. O conteúdo da razão pública acaba por endossar meios eficazes de efetivação desses direitos. É essencial, então, incluir diretrizes de indagação que especifiquem formas apropriadas de argumentação, já que, sem elas, os princípios substantivos não podem ser aplicados¹¹⁰.

Isso tudo significa que as diretrizes e os critérios para a convenção constitucional, que vai decidir as bases legais de uma sociedade democrática e plural, são adotados na posição original em vez de em outro lugar porque sua finalidade é indicar as condições em que o poder pode ser exercido. (WEITHMAN, 2010, p. 314). Essa questão é fundamental, pois ela

¹⁰⁸ Segundo Weithman (2010, p. 313), deve-se “entender uma Constituição amplamente, como um conjunto de regras e práticas, escritas ou não escritas, que especificam a estrutura essencial do governo. Elas determinam como a autoridade política de uma sociedade deve ser dividida, como ela é transferida, e quem é responsável por cada decisão política. Os elementos essenciais da constituição também indicam o propósito para o qual o poder político é exercido e os limites do seu exercício”.

¹⁰⁹ Conforme Weithman (2010, p. 314), Rawls, em *Uma teoria da justiça*, “não diz nada sobre a origem dos princípios que orientam a aplicação dos princípios da justiça na Constituição. No *Liberalismo político*, em contraste, ele é bem claro em relação a origem deles. Os princípios de justiça e as ‘diretrizes e critérios’ de sua aplicação são ‘partes complementares de um acordo’. E esse acordo é feito na posição original”.

¹¹⁰ Segundo Rawls (1999b, p. 273; 1996, p. 232), a concepção política evocada pela razão pública sublinha os seguintes elementos: “a. Princípios substantivos de justiça para a estrutura básica; b. diretrizes de indagação: princípios de argumentação e regras de evidência à luz dos quais os cidadãos devem julgar se os princípios substantivos aplicam-se de forma apropriada e identificar as leis e políticas que melhor os satisfaçam”.

vai orientar as considerações adequadas para a tomada de qualquer decisão política, impondo um ideal de autonomia em tais decisões, já que elas devem expressar a sociedade como um todo. Assim, essa conexão íntima entre razão pública e legitimidade política evidencia que o poder só é exercido legitimamente quando o seu exercício se baseia no que as diretrizes da razão pública definem como direito. (WEITHMAN, 2010, p. 314). Dessa forma, a ideia de uma razão pública acaba sendo o ponto central para a fundamentação do Direito, já que evita a sua construção a partir de uma doutrina moral abrangente.

Nota-se, que as partes na convenção constitucional exercem, no sentido exposto por John Locke, um poder constituinte¹¹¹. Isso indica que o poder de determinar a Constituição somente será exercido adequadamente se os elementos constitucionais essenciais podem ser endossados pelos cidadãos livres e iguais à luz de sua razoabilidade. (WEITHMAN, 2010, p. 315). Para Rawls, os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica são o conteúdo de questões fundamentais em uma sociedade democrática para a manutenção da cooperação social. (RAWLS, 1996, p. 227). As partes devem, então, chegar a um acordo prático com relação a esses elementos constitucionais essenciais que são de dois tipos¹¹²: (a) os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político (as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário e o alcance da regra da maioria); (b) os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do império da lei. (RAWLS, 1996, p. 227).

Os elementos do primeiro tipo podem ser especificados de várias formas (por exemplo, as diferenças entre os governos presidencialista e parlamentarista), mas, depois de estabelecida a estrutura geral do processo político, só deve ser alterada em caso de exigência

¹¹¹ Segundo Canotilho (1999, p. 69) há cinco pressupostos do poder constituinte preconizado por Locke: 1) o estado de natureza é de caráter social; 2) no estado de natureza os indivíduos têm uma esfera de direitos naturais (a propriedade, por exemplo) antecedentes ou preexistentes à formação de qualquer governo; 3) o poder supremo é conferido à sociedade ou comunidade e não a qualquer soberano; 4) o contrato social, através do qual o povo "consente" o poder supremo do legislador, não confere a este um poder geral mas um poder limitado e específico e, sobretudo, não arbitrário; 5) só o corpo político reunido no povo tem autoridade política para estabelecer a constituição política da sociedade”

¹¹² Para Weithman (2010, p. 315), a segunda etapa (convenção constitucional) da sequência de quatro estágios garante a justiça política da Constituição, pois “o estágio constitucional segue imediatamente a posição original na sequência de quatro estágios. Na fase constitucional, os participantes têm muito poucas informações, uma vez que o véu da ignorância, imposto na posição original, é levantado apenas ligeiramente”. Isso significa que eles não têm qualquer informação sobre a verdade ou falsidade das doutrinas abrangentes, e assim eles não estão em posição de se pronunciar sobre os ensinamentos tradicionais da religião, por exemplo.

de justiça política.¹¹³ No caso dos elementos do segundo tipo, por dizer respeito às liberdades e direitos fundamentais, só pode ser especificado de uma maneira. (RAWLS, 1996, p. 228). Rawls ainda diferencia os princípios de direitos e liberdades fundamentais e aqueles que regulam as questões de justiça distributiva, determinando que os dois tipos de princípios especificam papéis diferentes para a estrutura básica. É mais urgente determinar os princípios que regem as liberdades fundamentais; é muito mais fácil verificar se os princípios relativos às liberdades fundamentais estão sendo respeitados e é muito mais fácil chegar a um acordo amplo com relação a esses princípios do que com os referentes à justiça distributiva.

Para Rawls (1999b, p. 279; 1996, p. 229),

a distinção entre os princípios que abarcam as liberdades básicas e aqueles que se aplicam às desigualdades sociais e econômicas não está em que os primeiros expressam valores políticos e os últimos não. Ambos expressam valores políticos. A diferença é que a estrutura básica da sociedade tem dois papéis coordenados: os princípios que abarcam as liberdades fundamentais especificam o primeiro papel; os princípios que abarcam as desigualdades sociais e econômicas especificam o segundo. No primeiro papel, essa estrutura especifica e garante os direitos e liberdades fundamentais e iguais dos cidadãos e institui procedimentos políticos justos. No segundo, cria as instituições de base da justiça social e econômica apropriadas aos cidadãos em sua condição de livres e iguais. O primeiro papel preocupa-se com a forma de aquisição do poder político e com os limites de seu exercício. Esperamos resolver ao menos essas questões pela referência a valores que podem oferecer uma base pública de justificação. Em que medida os elementos constitucionais essenciais que abarcam as liberdades fundamentais são satisfeitos é algo mais ou menos visível diante dos arranjos constitucionais e da forma pela qual podemos vê-los funcionar na prática. Mas, até que ponto os objetivos dos princípios que abarcam as desigualdades sociais e econômicas são realizados, isso é algo mais difícil de verificar.

Nesse ponto de sua obra, Rawls salienta que, para a configuração de uma ordem constitucional democrática capaz de ser aceita por uma pluralidade de cidadãos livres e iguais, além dos elementos constitucionais essenciais, a carta constitucional deve abarcar um mínimo social, capaz de satisfazer as necessidades mínimas dos cidadãos. (RAWLS, 1996, p. 240). Esse mínimo social é necessário para que os cidadãos consigam exercitar suas liberdades e direitos básicos assegurados pela Constituição. Rawls parece, portanto, incluir uma garantia

¹¹³ Novamente, aqui, Rawls se aproxima muito do pensamento constitucional de Locke, expresso na seguinte passagem do *Segundo tratado sobre o governo civil*: “é preciso admitir que todos aqueles que saem de um estado de natureza para se unir em uma comunidade abdicam de todo o poder necessário à realização dos objetivos pelos quais eles se uniram na sociedade, em favor da maioria da comunidade, a menos que uma estipulação expressa não exija o acordo de um número superior à maioria. Para isso basta um acordo que preveja a união de todos em uma mesma sociedade política, e os indivíduos que se inserem em uma comunidade política não necessitam de outro pacto. Assim, o ponto de partida e a verdadeira constituição de qualquer sociedade política não é nada mais que o consentimento de um número qualquer de homens livres, cuja maioria é capaz de se unir e se incorporar em uma tal sociedade. Esta é a única origem possível de todos os governos legais do mundo”. (LOCKE, 2001, p. 62)

de mínimo social existencial prévia, alargando a abrangência de seus direitos constitucionais, mantendo as questões ligadas ao princípio da diferença no âmbito legislativo.

Assim, visando descobrir uma concepção política completa, deve-se identificar questões fundamentais para as quais essa concepção deve oferecer respostas razoáveis. Rawls propõe tal objetivo determinando que todo poder legislativo seja exercido de acordo com a Constituição democrática. (FREEMAN, 2007b, p. 206). Para o autor, somente dessa forma a razão pública será aplicada integralmente na execução dos princípios de justiça no quarto estágio de sua sequência executiva, o que implica que os juízes devem adotá-la na sua atividade. A Constituição, segundo Rawls, irá estabelecer regras para a produção e para a interpretação da legislação, definindo os limites do poder legislativo e os fins para os quais pode ser exercido. (WEITHMAN, 2010, p. 316). Estas orientações da razão pública restringem não só o exercício do poder legislativo, mas também toda a atividade interpretativa, pelo menos quando as questões políticas fundamentais estão em jogo.

Habermas crítica tal construção, afirmando que as colocações acima expostas resultam na construção de um Estado de direito que prioriza os direitos básicos liberais sobre o princípio democrático de legitimação, rebaixando o processo democrático a um *status* inferior e invalidando qualquer tentativa de conciliação entre as liberdades dos modernos e as liberdades dos antigos. (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 65). Segundo o filósofo alemão, Rawls parte da ideia de autonomia política e a modela ao nível da posição original, fazendo com que a proteção jurídica da esfera privada tenha prioridade sobre as liberdades políticas. (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 66). Além do mais, essa absoluta prioridade das liberdades é difícil de ser justificada a partir da perspectiva individualista dos participantes do acordo original.

Habermas (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 125) também acusa Rawls de não analisar a questão da democracia deliberativa ao estabelecer essa forte distinção entre o âmbito público, voltado aos fins sociais, e a esfera privada, voltada à perseguição das concepções de bem. Para Habermas isso provoca a prevalência da autonomia privada sobre a autonomia pública, resultando em uma deliberação limitada dos cidadãos e na adoção da lógica do liberalismo convencional. (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 126). Além disso, ao traçar *a priori* tal fronteira, Rawls contradiz a tradição republicana de soberania popular, pois não observa que o traçado entre autonomia pública e privada deve ser formado pela

vontade dos cidadãos¹¹⁴. Em Habermas percebe-se a tentativa de estabelecer uma relação entre autonomia pública e privada que evite a separação das duas esferas, para que não se priorize a autonomia privada e se alcance a igualdade entre as duas formas de liberdades¹¹⁵.

Rawls rebate as críticas de Habermas afirmando que vê benefícios em ambas as perspectivas. Concorde com o filósofo alemão e seus seguidores que a ampla participação no governo é importante, mas também que as formas constitucionais rígidas são a melhor defesa de aspectos inegociáveis da vida humana. (FREEMAN, 2007b, p. 207). Rawls responde que as liberdades políticas têm um valor político intrínseco, pois os direitos liberais básicos não são pré-políticos, e que, na sequência dos quatro estágios, os cidadãos discutem as questões políticas necessárias, pois qualquer ideal de constituição justa é algo que deve ser sempre debatido e submetido a revisão. Portanto, sendo uma concepção política de justiça, a teoria da justiça como equidade não impõe a prioridade das liberdades básicas à vontade do povo na sequência das quatro etapas, mantendo aberto o debate político. (RAWLS, 1996, p. 406).

Rawls esclarece que seu liberalismo político considera a autonomia privada e a autonomia pública de igual peso, sem imposição de uma sobre a outra, assim como Habermas. (RAWLS, 1996a, p. 412). Segundo Rawls, as liberdades da autonomia pública e da autonomia privada se relacionam conjuntamente no primeiro princípio de justiça, pelo enraizamento comum nas duas faculdades morais, ou seja, capacidade de um senso de justiça e capacidade de definir uma concepção de bem. (RAWLS, 1996a, p. 413). O problema para Habermas em relação a uma Constituição que contenha garantias substantivas é que ela nega as pessoas de cada geração a oportunidade de escolher positivamente os valores morais para si mesmos (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 126). Sem essa possibilidade, os cidadãos não podem conceber a constituição como um projeto e a razão pública acaba apenas promovendo a preservação não-violenta da estabilidade política.

A ideia de Constituição em Rawls, porém, não se limita aos aspectos acima levantados. Se por um lado, Habermas prefere um questionamento constante das disposições

¹¹⁴ Segundo Habermas (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 67), “os cidadãos não podem experimentar este processo, tal como exigem as variáveis condições históricas, como um processo aberto e inconcluso. Não podem reiniciar a ignição do núcleo radical democrático da posição original na vida real de sua sociedade, pois a partir de sua perspectiva todos os discursos de legitimação essenciais tiveram lugar no cerne da teoria: e os resultados dos debates teóricos se encontram já sedimentados na constituição”.

¹¹⁵ “Como já se disse, estes dois elementos se entrecruzam já no conceito de direito positivo e obrigatório; não há nenhum direito sem liberdades subjetivas de ação reclamáveis juridicamente que garantam a autonomia privada das pessoas jurídicas individuais; e não há nenhum direito legítimo sem a legislação democrática comum de cidadãos legitimados para participar como livres e iguais no dito processo. Quando se explica o conceito de direito deste modo é fácil ver que a substância normativa dos direitos de liberdade está já contida no *medium* que ao mesmo tempo resulta indispensável para a institucionalização jurídica do uso público da razão de cidadãos soberanos”. (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 70).

constitucionais, Rawls, ao contrário, aparenta uma clara preocupação com as determinações relativas ao poder constituinte. (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 67). Assim, ele projeta uma relação entre as instituições jurídicas e políticas capaz de manter um elevado grau de deliberação entre elas, sem ferir os preceitos constitucionais fundamentais. Esse contexto, além de garantir o objetivo central da razão pública em articular o ideal político de um povo autônomo que define as próprias bases de governo, estabelece a conexão entre o princípio liberal da legitimidade política e o senso de justiça¹¹⁶. A organização constitucional, legislativa e judiciária estabelecida pela construção teórica da razão pública somada a sequência de quatro estágios faz com que toda a produção legal e jurisdicional esteja vinculada diretamente com o senso de justiça das partes, bem como com a concepção de pessoa desenvolvida por Rawls. Além disso, o desenvolvimento do senso de justiça pode mover os cidadãos ao reconhecimento e justificação das leis e da constituição da sociedade bem-ordenada, garantindo a sua estrutura geral de autoridade. (WEITHMAN, 2010, p. 317). Assim sendo, torna-se claro que a ideia da razão pública é o ponto central para que se compreenda corretamente a aplicação dos princípios de justiça no último estágio da sequência (bem como o coerentismo rawlsiano), unindo os pontos entre as ideias exposta em *Uma teoria da justiça e Liberalismo político*.

Porém, mesmo cidadãos que aceitam os mesmos princípios de justiça e acordam sobre os mesmos elementos constitucionais essenciais garantidos na Constituição, irão discordar sobre a aplicação desses elementos quando se tratar de um caso concreto¹¹⁷. Devido a essa realidade que Rawls esclarece como principal expressão da razão pública, em um regime democrático, a Suprema Corte de Justiça, pois é nela que se discutem e se defendem os elementos constitucionais anteriormente expostos. A razão pública é a razão da Suprema

¹¹⁶ Segundo Rawls (1999b, p. 267; 1996, p. 229), “quando a concepção política é sustentada por um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis, o paradoxo da razão pública desaparece. A união de dever de civilidade com os grandes valores do político produz o ideal de cidadãos governando a si mesmos, de um modo que cada qual acredita que seria razoável esperar que os outros aceitem; e esse ideal, por sua vez, é sustentado pelas doutrinas abrangentes que pessoas razoáveis defendem. Os cidadãos defendem o ideal da razão pública não em consequência de uma barganha política, como num *modus vivendi*, mas em virtude de suas próprias doutrinas razoáveis”.

¹¹⁷ Segundo Weithman (2010, p. 320), quando escreveu *Liberalismo político*, “Rawls reconheceu que se a justiça como equidade deve ser estável, os cidadãos devem considerá-la como justificada a partir de suas próprias doutrinas abrangentes. Ele também percebeu que alguns cidadãos podem contestar a justificativa das tentativas de implementar a justiça como equidade nas fases constitucional e legislativa, porque eles podem pensar que os resultados dessas etapas ficaram em desacordo com seus pontos de vista abrangentes. Rawls contou com uma nova e poderosa forma de justificação - legitimidade - para mostrar como os cidadãos poderiam considerar os resultados como justificados, sem negar as partes relevantes das suas doutrinas abrangentes. Assim, ocorreu uma apreciação mais profunda do papel da doutrina abrangente na estabilidade e justificação da justiça como equidade”.

Corte como a máxima instância de interpretação judicial, mas não de intérprete último da lei mais alta. (QUINTANA, 1996, p. 166).

Assim, conforme Rawls (1999b, p. 277; 1996, p. 239),

a Suprema Corte está fadada a ser um centro de controvérsias. Muitas vezes seu papel obriga a discussão política a dotar uma forma baseada em princípios, de modo a tratar a questão constitucional de acordo com os valores políticos da justiça e da razão pública. A discussão pública transforma-se em algo mais que uma discussão pelo poder e por cargos. Ao focalizar a atenção em questões constitucionais básicas, isso educa os cidadãos para o uso da razão pública e seu valor de justiça política.

Essa afirmação de Rawls exemplifica o papel importante que o autor concede a atividade jurisdicional. Cabe aos julgadores, além de interpretar a carta constitucional, analisando os direitos e liberdades fundamentais, desenvolver um papel educador diante dos cidadãos e de outras instituições. (RAWLS, p. 1996, p. 276). Assim sendo, mesmo que se questione determinada decisão da Suprema Corte diante de um caso concreto, ela já estará cumprindo seu dever, pois, dessa forma traz os cidadãos para o debate público. (RAWLS, 1996, p. 265). Além disso, a função da Suprema Corte pode ser ainda mais destacada nas relações ligadas à revisão judicial.

4.3 O Controle de Constitucionalidade (*judicial review*) e a Razão Pública

A discussão sobre os poderes da Suprema Corte em interpretar a Constituição e barrar as produções legislativas sempre teve amplo destaque nas produções acadêmicas voltadas para a análise do constitucionalismo norte-americano. A Constituição norte-americana, esboçada pelos *framers*, consistiu em um documento definitivo em muitos aspectos políticos e jurídicos da história do país, mas, por outro lado, apresentou um texto suficientemente vago capaz de ser aplicado nas circunstâncias mais imagináveis. (DWORKIN, 2006, p. 2). Essa realidade gerou uma dupla situação: de um lado, a conclusão pela necessidade de atuação da Suprema Corte, visando manter o texto constitucional “vivo”, seja através da invalidação de atos políticos ou da interpretação do texto constitucional; por outro lado, a constante desconfiança de o Poder Judiciário ir contra os desejos da maioria, sufocando a deliberação democrática e mantendo a discussão sobre temas como os direitos fundamentais (ou abstratos) nas mãos de uma elite técnica que imporia suas convicções morais sobre a grande maioria da população. (MICHELMAN, 2001, p. 404).

O histórico julgamento do caso *Marbury x Madison* se tornou o grande marco institucional da discussão ao manifestar o poder da Suprema Corte em revisar uma decisão

política, dando legitimidade para a atuação da Corte Constitucional na defesa da fundamentação pré-constitucional¹¹⁸. Nesse contexto histórico, criou-se o debate sobre os limites de atuação de poder judiciário e se tal possibilidade não estaria, justamente, ferindo princípios básicos da democracia. (ELY, 1997, p. 83). De um lado, muitos autores questionaram o protagonismo institucional concedido ao Poder judiciário, responsável por produzir uma cultura política e jurídica centralizada na atividade jurisdicional, capaz de enfraquecer a experiência democrática¹¹⁹. Por outro lado, outro grupo de autores defende a função exercida pela Corte como necessária¹²⁰ (ou, pelo menos, não-contraditória com os valores democráticos) ao defender que a ideia de democracia não se limita apenas a um regime em que os cidadãos tomam decisões coletivas através de um procedimento majoritário. Segundo esse entendimento, democracia é mais do que isso, precisa haver o pertencimento moral aos valores comunitários concretizados na carta constitucional.

A análise desse problema é fundamental para a caracterização que Rawls dá para a teoria jurídica, pois o autor assume uma condição específica dentro do debate, afirmando, literalmente, que a atividade de controle constitucional por parte da Suprema Corte não é antidemocrática, mas que, curiosamente, sua existência não é necessária para uma democracia constitucional plena. (FREEMAN, 2007b, p. 252). Rawls aparentemente acredita que sua existência é apta a produzir efeitos de justiça. Ele nega, porém, que essa disposição, sob qualquer forma, é diretamente e em todas as circunstâncias, uma exigência de justiça. (MICHELMAN, 2001, p. 404). A posição de Rawls é, portanto, contrária às afirmações de que é necessária a existência de um ativismo judicial para concretizar direitos, ao mesmo

¹¹⁸ “Neste famoso caso, decidido em 1803, o presidente Marshall aplicou resolutamente, pela primeira vez, em nome da Suprema Corte, o princípio de que o Judiciário Federal tinha o direito de apreciar a constitucionalidade dos atos do Congresso [...] Os princípios gerais em que Marshall como presidente baseou a sentença aparecem nos seguintes excertos de seu arrazoado: *aqueles, portanto, que negam o princípio de que os tribunais devem considerar a Constituição uma lei superior, ipso facto sustentam que eles devem fechar os olhos à Constituição e só olhar a lei*” (BEARD, 1965, p.115)

¹¹⁹ Jeremy Waldrom é um dos principais críticos da revisão judicial, fundamentando sua tese na apreciação do direito à participação e da regra da maioria. Segundo o autor (WALDROM, 2003, p. 5), “ as pessoas convenceram-se de há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, seja um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”.

¹²⁰ Para Dworkin, por exemplo, esse perfil constitucional seria uma condição fundamental para a democracia. Segundo o autor (DWORKIN, 2006, p. 9), as críticas em atribuir aos juízes a suprema autoridade em matéria de interpretação judicial “se baseia num pressuposto bastante difundido, mas pouco estudado, acerca de um vínculo que existiria entre a democracia e a vontade da maioria, pressuposto esse que, aliás, a história dos Estados Unidos sempre rejeitou. Quando compreendemos melhor a democracia, vemos que a leitura moral de uma constituição política não só não é antidemocrática como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia”.

tempo em que dá um desenho especial para a Suprema Corte, garantindo, assim, a vinculação dos seus membros aos valores filosóficos embasados no pré-compromisso constitucional.

Assim sendo, a descrição da atividade da Suprema Corte feita por Rawls evidencia que o filósofo norte-americano vê a revisão judicial como um instituto democraticamente legitimado, capaz de conter os abusos da regra da maioria, evitando a violação de direitos constitucionais essenciais¹²¹. Nesse sentido, Rawls afirma duas funções primordiais para a revisão judicial desenvolvida pela Suprema Corte. (FREEMAN, 2007b, p. 207). A primeira é a “função defensiva”, caracterizada pela proteção dos elementos constitucionais essenciais (principalmente as liberdades básicas). Novamente fazendo referência à distinção lockeana, Rawls descreve a função defensiva, sintetizando os princípios do constitucionalismo em cinco pontos: (a) a diferença entre poder constituinte do povo e poder ordinário do governo para efetivar políticas; (b) a distinção entre leis supremas e leis ordinárias; (c) a constituição democrática determinada como a principal expressão da lei suprema do ideal político de um povo; (d) a fixação, por meio da constituição, dos elementos constitucionais essenciais, aos quais todas as outras leis devem se adaptar; (e) a responsabilidade fundamental dos três poderes em manter um equilíbrio harmônico. (RAWLS, 1996, p. 231). Respeitando esses preceitos, a Suprema Corte desempenhará o papel principal da razão pública, articulando o ideal expresso na Constituição (*higher Law by the people*) com o exercício dos direitos políticos dos cidadãos.

A tarefa defensiva da Suprema Corte é quase idêntica ao papel que Rawls descreve para o Poder Judiciário em *A theory of justice*, pois visa assegurar a estabilidade, assegurando ao povo que o seu poder constituinte, formador de um governo, vai ser respeitado pela sociedade bem-ordenada. Essa ideia de ver o poder constituinte como um mecanismo de pré-comprometimento chancelador da revisão judicial é muito criticado por autores como Robert Dahl (1991, p. 56), que dizem que esse arranjo retira a possibilidade de o povo atuar de forma autônoma, colocando todas as decisões fundamentais em um grupo restrito de guardiões semelhantes a um rei-filósofo platônico. Além disso, Dahl, baseado na análise de casos decididos pela Suprema Corte, diz que é uma ficção ver a instituição como

¹²¹ Segundo Freeman (2007b, p. 206), “para afastar as críticas de que a revisão judicial é antidemocrática, Rawls poderia responder que é um erro ver a democracia com um simples procedimento de votação ou como uma forma de governo no qual as leis são decididas pela regra da maioria. Mais do que isso [...] a democracia é um tipo de constituição que determina o status de cidadãos livres e iguais. Embora a democracia, como um tipo de constituição, estabelece direitos políticos iguais e a regra de maioria legislativa, ela proporciona também outras liberdades básicas iguais para todos os cidadãos e estabelece a oportunidade de igualdades [...] e a garantia de um mínimo social. [...] Quando procedimentos democráticos ordinários, por alguma razão, falham em promover tais requerimentos de uma constituição democrática justa, é democraticamente legitimado impor limitações a esses procedimentos”.

um órgão jurídico comprometido com a proteção das minorias e dos direitos básicos, já que ela desempenha apenas um papel estratégico na política conferindo legitimidade às políticas de coalizão governamental¹²². Porém, como define Dworkin (2006, p. 17), essa crítica é infundada, pois a construção teórica de autores que defendem a revisão judicial visa justamente, seja através da razão pública ou da integridade constitucional, evitar decisões afastadas da história e da cultura constitucional, garantindo o desenvolvimento de um senso de responsabilidade coletivo dos cidadãos.

Em *Political liberalism*, Rawls reforça essa posição, já que a democracia constitucional, diante dos princípios citados, apresenta-se de forma dualista¹²³, distinguindo o poder constituinte do ordinário e a lei suprema da lei ordinária. (RAWLS, 1996, p. 232). Cabe, então, à Suprema Corte, proteger a lei suprema por meio do controle da razão pública, evitando que ela seja violada por leis ordinárias ou por interesses de maiorias transitórias. (RAWLS, 1996, p. 233). Rawls adota uma postura radical quanto a essa função, afirmando, inclusive, que o Supremo tribunal pode legitimamente considerar inválidos emendas constitucionais que satisfazem processualmente os requisitos legais. (FREEMAN, 2007b, p. 208). Não basta apenas a satisfação de requisitos legais e procedimentais para a validade de uma modificação na Constituição. Segundo o autor, para ser válida uma alteração constitucional, o poder constituinte deve ser exercido de uma forma que adapte as instituições básicas para remover as fraquezas reveladas pela prática constitucional, que seja capaz de ajustar os valores constitucionais básicos à evolução das circunstâncias e incorporar a constituição uma compreensão mais abrangente dos valores políticos. (FREEMAN, 2007b, p. 209)

¹²² Segundo Dahl (2009, p. 27), “se a Suprema Corte fosse assumidamente considerada uma instituição política, determinados problemas não surgiriam porque entenderíamos que os membros dela resolveriam questões de fato e de valor por meio da introdução de hipóteses originadas a partir de suas próprias predisposições ou das predisposições de clientes e eleitores. Porém, tendo em vista que boa parte da legitimidade das decisões tomadas pela Suprema Corte reside na ficção de que ela não é uma instituição política, mas sim exclusivamente jurídica, a aceitação da Suprema Corte como uma instituição política resolveria uma série de problemas à custa de outros. No entanto, se for verdade que a natureza dos casos trazidos à Suprema Corte é a mesma descrita, a Suprema Corte não poderá atuar estritamente como uma instituição jurídica. Ela deverá escolher entre as alternativas controversas da política pública recorrendo a pelo menos alguns critérios de aceitabilidade sobre as questões de fato e de valor que não se encontram ou não podem ser deduzidas a partir da jurisprudência, da lei e da Constituição. Nesse sentido, a Suprema Corte é uma instituição formuladora de políticas nacionais e é essa função que dá ensejo ao problema da existência da Suprema Corte em um sistema político comumente considerado democrático”.

¹²³ Conforme Bruce Ackerrman (2006, p. 8), “a democracia dualista impede que os políticos eleitos abusem de sua autoridade. Eles não podem alegar que uma vitória eleitoral regular seja capaz de lhes conceder o poder de aprovar uma lei que vise a subverter as garantias alcançadas pelo povo em julgamentos anteriores. Se, ainda assim, eles pleitearem essa forma mais elevada de legitimidade democrática, deverão seguir o rumo especial e oneroso de obstáculos permitidos pela Constituição Dualista para fins de criação de lei”.

Essa função revela uma concepção particular de democracia, entendida como parte de uma constituição, impedindo que ela seja identificada essencialmente com procedimentos majoritários, sem restrições substantivas sobre a vontade das maiorias. (FREEMAN, 2007b, p. 209). Assim, a constituição não é o que a maioria determina, nem mesmo o que os Tribunais dizem que ela é¹²⁴. Ela deve ser entendida dentro de um conceito amplo de democracia constitucional, ligada essencialmente à concepção dos cidadãos como livres e iguais¹²⁵. Aqui a razão pública atua como uma força vinculante sobre os juízes e os cidadãos, fazendo com que toda a sua interpretação constitucional apele aos valores políticos da razão pública e ao ideal de cidadão e sociedade democrática com o fim de garantir o igual respeito a todos. (RAWLS, 1996, p. 265).

O seu papel fundamental, porém, não é meramente defensivo, pois cumpre uma função de publicidade essencial à razão pública, no exercício de educação da cidadania. (QUINTANA, 1996, p. 167). A Corte Suprema confere respeito à razão pública através da autoridade de suas sentenças e da conciliação das emendas constitucionais aos princípios originários da constituição¹²⁶. Essa função garante uma noção de reciprocidade¹²⁷ que é fundamental para a sustentação da razão pública, já que os membros da Suprema Corte só podem oferecer razões baseadas em valores políticos nas suas decisões, não fundamentadas unicamente em uma doutrina moral abrangente ou em algum interesse majoritário transitório. Assim, os argumentos que servem de fundamentação às decisões da Suprema Corte não

¹²⁴ Para Rawls (1999b, p. 283; 1996, p. 243), “o poder supremo de um governo constitucional não pode caber ao legislativo, nem mesmo ao supremo tribunal, que é apenas o melhor intérprete judicial da constituição. O poder supremo é detido pelos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada qual responsável perante o povo”.

¹²⁵ Segundo Freeman (2007b, p. 210), “Rawls parece se comprometer com a visão de que o ‘povo’ é um ideal implícito na cultura política democrática: o ideal de pessoas livres e iguais, unidas como um só corpo legal, o corpo político, que exerce o poder constituinte para fazer a lei mais alta, de modo a expressar os valores políticos da razão pública, permitindo-lhes realizar o poder (moral) que faz deles cidadãos democráticos livres e iguais. Essa concepção de pessoa e de povo parece ser a base para uma concepção substantiva de democracia que Rawls vê implícita, se não na nossa Constituição como interpretada historicamente pela Suprema Corte, na nossa cultura política pública, da qual a Constituição faz parte”.

¹²⁶ Assim, conforme Rawls (1999b, 277; 1996, 239), “a Suprema Corte está fadada a ser um centro de controvérsias. Muitas vezes seu papel obriga a discussão política a dotar uma forma baseada em princípios, de modo a tratar a questão constitucional de acordo com os valores políticos da justiça e da razão pública. A discussão pública transforma-se em algo mais que uma discussão pelo poder e por cargos. Ao focalizar a atenção em questões constitucionais básicas, isso educa os cidadãos para o uso da razão pública e seu valor de justiça política”.

¹²⁷ Segundo Maffettone (2010, p. 276), “reciprocidade implica que na democracia liberal apenas justificativas que todos os cidadãos possam razoavelmente apresentar uns aos outros e, presumivelmente, aceitar são permitidas [...] O termo reciprocidade é complicado para os intérpretes de Rawls, pois ele é usado de diferentes formas a todo tempo. Na parte III de Uma teoria da justiça, ‘reciprocidade’ é a base para as leis psicológicas regular o desenvolvimento moral. Tanto em Uma teoria da justiça quanto em Liberalismo político, ‘reciprocidade’ está ligada com os termos justos de cooperação. Porém, a noção de reciprocidade também diz respeito à mutualidade dos critérios de justificação. A linguagem da cooperação e do intercâmbio político deve ser concebida de forma que, potencialmente, todos os cidadãos possam entendê-la. É nesse terceiro sentido que a ‘reciprocidade’ está ligada com a legitimidade liberal e com a razão pública”

derivam de um mero *modus vivendi*. (RAWLS, 1996, p. 270). Garante-se, dessa forma, um Direito independente (*freestanding*), já que o sistema jurídico não fica na dependência parcial de uma determinada doutrina abrangente, nem da ocasional composição do poder político.

A segunda função da revisão judicial está diretamente ligada “à função exemplar da razão pública”. (FREEMAN, 2007b, p. 207). A Suprema Corte exerce tal atividade em três sentidos. Em primeiro lugar, ela tem a peculiaridade de ter apenas os valores políticos da razão pública como “razões” apropriadas para a sua atividade. É função dos juízes expressar em suas atividades as melhores interpretações que puderem fazer da constituição. (RAWLS, 1996, p. 245). Em segundo lugar, ao aplicar tais valores na defesa e interpretação da Constituição, a Suprema Corte desempenha uma função educativa (função ampla da concepção política) perante os cidadãos, tornando público um entendimento justo e democrático de questões fundamentais¹²⁸. Por fim, ela dá vitalidade e atualidade aos preceitos da justiça política nos fóruns públicos, ao interpretar claramente a Constituição de forma razoável ou, até mesmo, quando falha nessa tarefa, criando uma controvérsia que só pode ser solucionada através do uso de valores públicos. (RAWLS, 1996, p. 248).

A segunda função descrita por Rawls é totalmente desenvolvida em *Political Liberalism*, apresentando um objetivo muito mais ambicioso. A tomada de decisões importantes por parte da Suprema Corte afeta igualmente as instituições e as vidas das pessoas. Isso significa que os julgadores não executam essa função apenas através de sentenças escritas, mas moldam fundamentalmente a ordem constitucional, tornando-a cada vez mais consistente com o liberalismo político. A Suprema Corte, portanto, contribui diretamente para a concretização de um consenso sobreposto, pois afeta diretamente a organização institucional e a maneira como as pessoas visualizam as questões fundamentais.

Cabe ressaltar, porém, que o ideal de razão pública e suas diretrizes de atuação impedem que os juízes imponham uma nova forma de legitimidade constitucional. A concepção de Rawls evita qualquer forma de ativismo judicial, pois é inteiramente contraditório com a própria democracia permitir que um grupo de indivíduos possa alterar o

¹²⁸ Rawls (1999b, p. 287; 1996, p. 246), deixa claro “que os juízes não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideias e virtudes da moralidade em geral. Devem considerá-los irrelevantes. Não podem, igualmente, invocar suas visões religiosas ou filosóficas, nem as de outras pessoas. Devem, isto sim, apelar para os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública. Estes são valores nos quais acreditam de boa-fé, como requer o dever de civilidade, valores que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem”.

procedimentos ratificados por todos¹²⁹. Rawls, portanto, acredita que a razão pública pode unir teoria e instituições históricas ideais, e também fornecer um meio para o constitucionalismo e a democracia de encontrar apoio mútuo um no outro. (RAWLS, 1996, p. 270).

O tratamento que Rawls dá à questão da revisão judicial por parte da Suprema Corte está inserido no contexto de discussão do tema na tradição norte-americana. Curiosamente, chama atenção o fato de o desenvolvimento teórico de Rawls ser tão menosprezado por juristas e por alguns dos principais teóricos desse tema, já que a concepção rawlsiana apresenta peculiaridades capazes de superar muitos questionamentos levantados em relação a essa atividade dos tribunais superiores. Rawls se preocupa com o respeito e com a preservação do pré-compromisso constitucional. O processo de interpretação da Constituição, além de assegurar às pessoas que compartilham um senso de justiça a legitimidade das ações do governo, deve ler a Constituição não como um *modus vivendi*, mas como um texto acordado sob as condições da justiça como equidade¹³⁰. Para Rawls, a decisão deve ser dada em termos de razão pública, relacionada diretamente com a justiça como equidade. Rawls, de maneira singular, impõe à Suprema Corte um método de interpretação construído, não a partir da linguagem que compõe o texto constitucional, mas a partir dos princípios que asseguram a legitimidade do texto a partir de sua perspectiva filosófica¹³¹.

Rawls sabe que o desenho constitucional, mais do que questões ligadas à hermenêutica constitucional, são fundamentais para garantir a legitimação de um regime democrático. Assim, o que diferencia Rawls dos autores que defendem os poderes revisionais da Suprema

¹²⁹ Como afirma Mark Tushnet (2003, p. 3), “a ordem constitucional configura-se no conjunto de instituições através das quais as decisões fundamentais da nação são tomadas durante um período e os princípios que guiam essas decisões. Como a Suprema Corte é parte integrante dessa ordem, seus princípios não podem ser entendidos fora dos arranjos institucionais, que incluem os outros braços do governo. A ‘ordem constitucional’ não pode ser reduzida ao conjunto das deliberações realizadas pelas cortes, tampouco apenas ao texto escrito da Constituição”.

¹³⁰ Nesse aspecto, Rawls se aproxima muito da leitura moral da Constituição proposta por Ronald Dworkin, exigindo um critério de integridade no processo de interpretação da carta constitucional. Como explica Dworkin (2006, p. 5), “a leitura moral da Constituição parece eliminar a importantíssima distinção entre Direito e Moral, pondo o Direito na dependência dos princípios morais que por acaso são adotados pelos juízes de determinada época. Parece ainda constringer de modo grotesco a soberania moral do povo – parece tirar das mãos do povo e entregar a uma elite profissional as grandes questões que definem a moralidade política e que o povo teria o direito e o dever de avaliar e decidir por si mesmo [...] Porém, a interpretação constitucional sob a leitura moral é disciplinada pela exigência de integridade constitucional [...] Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções [...] Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras”.

¹³¹ Essa perspectiva de Rawls se aproxima muito da ideia de “Constituição invisível” de Laurence Tribe. Para Tribe (2000, p. 35), há muito da Constituição que não pode ser visto pelas linhas que lhe compõe, pois existem perspectivas morais, históricas, políticas e institucionais que vão além da mera textualidade.

Corte é a sua preocupação com a argumentação deliberativa. O ideal de razão pública é, justamente, maximizar a probabilidade de decisões corretas e, ao mesmo tempo, estimular os cidadãos a se inserirem no debate público, servindo como critério moral para a deliberação democrática, fazendo com que uma decisão não seja avaliada pelo simples valor deliberativo em si. Dessa forma, em contraste com sua apresentação da revisão judicial como um recurso instrumental contingente dos regimes políticos, Rawls apresenta a necessidade de uma “triagem” em relação aos elementos constitucionais essenciais. (MICHELMAN, 2001, p. 404). Há uma preocupação por parte de Rawls com a transparência de aplicação dos fundamentos constitucionais, independentemente de quem for aplicá-los. (MICHELMAN, 2001, p. 404).

Nota-se que, ao dar um papel educativo ao Supremo Tribunal, Rawls concede ao Judiciário um significativo papel na formação e orientação dos cidadãos. Cabe ressaltar, porém, que isso não dá a ele permissão para impor uma concepção particular de constituição¹³², já que o Judiciário se caracteriza como um agente da “vontade do povo” e da razão pública, tendo como dever interpretar a constituição de acordo com os valores políticos da razão pública para proteger os elementos essenciais da constituição e a justiça básica da sociedade. (FREEMAN, 2007b, p. 211). No desempenho desta função, o tribunal pode com o tempo vir a descobrir o ideal de pessoa e cooperação social mais adequado para a cultura democrática, assistindo a razão pública a concretizar o ideal de sociedade bem-ordenada. A concepção de um sistema jurídico em Rawls não se encontra, portanto, fundamentada, em primeiro plano, nos princípios de justiça, nem no Direito Natural, mas a sua fundamentação teórica fica claramente sedimentada na concepção de pessoa e de cooperação social.

Como reforça o autor (1999b, p. 290; 1996, p. 249),

em meio a qualquer grande mudança constitucional, legítima ou não, a Suprema Corte está fadada a ser um centro de controvérsias. Muitas vezes seu papel obriga a discussão política a adotar uma forma baseada em princípios, de modo a tratar a questão constitucional de acordo com os valores políticos da justiça e da razão pública. A discussão pública transforma-se em algo mais que uma disputa pelo poder e por cargos. Ao focalizar a atenção em questões constitucionais básicas, isso educa os cidadãos para o uso da razão pública e seu valor de justiça política.

Ao dar máxima importância à concepção da pessoa como livre e igual na especificação e interpretação dos direitos constitucionais, Rawls procura esclarecer que tal posicionamento não é só fundamental ao princípio liberal de legitimidade, ao dever de civilidade e à razão

¹³² Segundo Michelman (2001, p. 410), um exemplo disso é o fato de Rawls, no curso de explicar sua visão de que o princípio da diferença não pertence aos fundamentos constitucionais essenciais, sugerir que provavelmente não iria querer um sistema judiciário independente, ditando, em nome da constituição, todas as decisões envolvidas na realização do mandato de tal princípio.

pública, mas é essencial também para o bem dos indivíduos e para um relacionamento social justo. (FREEMAN, 2007b, p. 212). A Suprema Corte em Rawls não está chegando a um fim fora da deliberação humana. Para o autor, ela cumpre o papel fundamental de produzir decisões dotadas de razões compartilhadas por todos, mas ao mesmo tempo não permite que os julgadores decidam conforme as suas próprias convicções morais, impondo a eles a obrigação de utilizar a linguagem moral apropriada para com os cidadãos, sem fugir das determinações constitucionais e democráticas. (MICHELMAN, 2001, p. 410).

4.4 Critérios de Aplicação da Razão Pública: Esboço para uma Teoria da Decisão Judicial em John Rawls

Rawls também reconhece algumas dificuldades na aplicação da Razão Pública. Uma das grandes preocupações do autor se encontra no fato de ela possibilitar várias respostas razoáveis para solucionar uma questão, já que existem muitas formas de caracterização dos valores políticos em uma sociedade plural. (RAWLS, 1996, p. 250). Isso, porém, não significa a impossibilidade de um acordo sobre a solução de um problema, nem o apelo, por parte dos cidadãos, aos valores não políticos, pois a razão pública rejeita essas atitudes na resolução dos casos relativos à justiça básica e às questões constitucionais essenciais. Rawls apresenta como solução o fato de que a razão pública não obriga os cidadãos a usar os mesmos princípios para tratar uma questão, apenas determinando que questões de justiça fundamental tenham um tratamento pautado numa concepção política de justiça. (RAWLS, 1996, p. 251).

Essa questão é central em tal perspectiva da análise que Rawls faz da atividade judicial, pois se, apelando à razão pública, pode-se ter diferentes respostas à mesma pergunta, também é possível que não haja resposta alguma para a questão. (MAFFETTONE, 2010, p. 280). O ideal de uma concepção política completa parece extremamente difícil de realizar em face de problemas urgentes e complicados, já que, nesses casos, a razão pública pode só fornecer uma entre várias soluções razoáveis. (MAFFETTONE, 2010, p. 280). A teoria de Rawls, porém, pode apontar como elemento de solução para esse problema a obtenção de uma legislação razoável construída dentro de uma ordem constitucional democrática capaz de ser aceita pelas doutrinas abrangentes e razoáveis que constituem um consenso sobreposto.

O papel da Suprema Corte, em relação à decisão desses problemas, é emitir seu parecer dentro de um critério de legitimidade do sistema jurídico apoiado por Rawls. Cabe aos julgadores, portanto, respeitar a vontade popular concretizada na Constituição democrática, aplicando sua interpretação em consonância com os valores inseridos na sociedade

democrática¹³³. Essa solução consegue desvincular levemente a razão pública de sua rigorosa ligação com as atividades do Supremo Tribunal, evitando que ela tenha um caráter muito institucional. (MAFFETTONE, 2010, p. 280).

Além disso, Rawls não afirma que as doutrinas abrangentes nunca devem ser introduzidas na Razão Pública. (RAWLS, 1996, p. 258). A visão inclusiva (*inclusive view*), por exemplo, permite a apresentação, em certas situações, de valores políticos ligados às doutrinas abrangentes, desde que isso fortaleça o ideal da própria razão pública¹³⁴. Rawls enfatiza que os limites da razão pública podem variar de acordo com o momento histórico, havendo a necessidade de motivar os cidadãos a respeitá-la. Assim, atuar mediante uso público da razão, significa recorrer a uma concepção política cujo conteúdo ressalta as condições presentes, permitindo introduzir na discussão política a visão compreensiva dos cidadãos, desde que sejam oferecidas razões adequadas ao fórum público para apoiar os princípios políticos sustentados pela doutrina abrangente. Nesse contexto, cria-se um clima no qual os cidadãos adquirem o senso de justiça que os direciona ao cumprimento de seu dever de civildade, ao mesmo tempo em que as instituições sociais e jurídicas são apoiadas, já que o ideal de razão pública está firmemente apoiado na conduta das pessoas. (RAWLS, 1996, p. 263).

Rawls (1999g, p. 591) reforça tal posicionamento referindo-se à ideia de “visão ampla da cultura política pública” (*the wide view of public political culture*). Para o autor, seria positivo introduzir doutrinas abrangentes razoáveis na discussão política desde que apresentadas as razões adequadas ao politicamente fundamental. (RAWLS, 1999g, p. 591). Isso denotaria a existência de uma cláusula restritiva, denominada *proviso*, fundamentada no bom senso e na compreensão dos cidadãos razoáveis, impedindo a modificação da natureza e do conteúdo da justificativa na própria razão pública. (RAWLS, 1999g, p. 592). O conhecimento mútuo de doutrinas abrangentes fortalece o compromisso com a democracia

¹³³ Segundo Zambrano (2001, 878), “Rawls não está imune a essas dificuldades. Em vez disso, ele ressalta que, desde que o objeto da razão pública não está posto por uma concepção de justiça em particular, mas por uma família de concepções de justiça, pode haver respostas diferentes, igualmente razoáveis, para a mesma pergunta. A tradição de interpretação desempenha um papel central aqui. Nesse sentido, deve-se notar que a razão pública não é dada apenas pelas ideias implícitas na tradição do pensamento democrático, mas também pela tradição de sua interpretação forjada por uma prática constitucional antiga, como a norte-americana. Assim, os legisladores e, na medida em que estamos preocupados, os juizes, para definir esta classe de casos em abstrato ou concreto, respectivamente, devem levar em conta a interpretação dos mesmos na história do sistema constitucional a que pertencem”.

¹³⁴ Segundo Rawls (2004a, p. 174; 1999g, p. 574), “é central para ideia de razão pública que ela não critica nem ataca nenhuma doutrina abrangente, religiosa ou não, exceto na medida em que essa doutrina seja incompatível com os elementos essenciais da razão pública e de uma sociedade política democrática. A exigência básica é que uma doutrina razoável aceite um regime democrático constitucional e a ideia de lei legítima que o acompanha”.

constitucional, fazendo com que os juízes estejam mais dispostos a honrar o dever de civilidade (RAWLS, 1999g, p. 593).

Nesse sentido, a preocupação de Rawls reside em torno da busca por respostas razoáveis apropriadas à justificação pública, já que a pluralidade de posicionamentos em relação a uma questão política pode gerar desconfiança quanto ao compromisso com os valores constitucionais fundamentais. (RAWLS, 1999g, p. 601). Assim, os posicionamentos contrários devem ser divulgados a fim de estimular a confiança nos motivos políticos apresentados, criando justificações públicas. No processo de justificação de normas aplicáveis a sua decisão, os juízes devem propor razões coerentes com o marco balizador de uma concepção de justiça que serve de fundo para a estrutura básica, de forma a articular o liberalismo político com argumentos abrangentes, procurando a convergência¹³⁵.

Essa perspectiva dá contornos morais ao uso público da razão, permitindo a existência de uma amizade cívica fundamentada no dever de civilidade. Esse dever varia quando aplicado aos juízes ou aos cidadãos comuns, já que os membros do judiciário devem apelar somente aos valores constitucionais e normas com precedentes legais. Nota-se, que tal caracterização define como função dos juízes desenvolver e expressar as suas decisões da forma coerente com a constituição apelando para valores públicos da concepção política.

A importância dessa perspectiva jurídica ressalta a concepção de sociedade como um sistema cooperativo estável e duradouro, promovendo vínculos sinceros de cooperação. Assim sendo, na medida em que a Suprema Corte decide frente a soluções igualmente razoáveis, consolida, com o tempo, a extensão da razão pública e, conseqüentemente, uma tradição constitucional. (ZAMBRANO, 2001, p. 878). Além disso, a razão pública manteria, ao mesmo tempo, uma certa flexibilidade diante da modificação do sentido ou significado dos valores políticos relacionados com essências constitucionais. A ampliação da razão pública fica sujeitada a princípios substantivos e processuais (relativos à aplicação dos primeiros). Dessa forma, a Suprema Corte

¹³⁵ Rawls salienta (2004a, p. 220; 1999g, p. 604-605) que “a razão pública vê a posição do cidadão, com o seu dever de civilidade, como análoga à do juiz, com seu dever de decidir casos. Exatamente como os juízes devem decidir casos baseados legalmente em precedentes, em cânones reconhecidos de interpretação e outros fundamentos relevantes, da mesma maneira, os cidadãos devem raciocinar pela razão pública e guiar-se pelo critério da reciprocidade, sempre que elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estejam em jogo. Portanto, quando parece haver um impasse, isto é, quando os argumentos jurídicos parecem equilibrados em ambos os lados, os juízes não podem solucionar o caso simplesmente recorrendo às suas próprias concepções políticas. Fazer isso, para os juízes, é violar seu dever”.

permanece com sua função limitada ao consenso, mas também assume um controle sobre ele¹³⁶.

Dworkin (2004, p. 397), por sua vez, considera a doutrina da razão pública difícil de definir e de defender. Segundo ele (DWORKIN, 2004, p. 1397), a ideia de razão pública pode ser definida a partir de dois posicionamentos essenciais que ela toma. Primeiro, o apelo à reciprocidade, já que só são admitidas justificações aceitas pelos cidadãos. Segundo, a exigência de que as autoridades somente apresentem justificações baseadas nos valores políticos da comunidade. Para Dworkin (2004, p. 1398), a dificuldade está no fato de a ideia de reciprocidade não definir claramente a exclusão de convicções sensatas, impregnando a chamada razão pública de imprecisão e incerteza. A adoção integral da razão pública como critério de decisões judiciais exclui do julgador a possibilidade da utilização de um ponto de vista moral em sua decisão, mas mantém um elevado grau de dificuldade entre valores políticos e convicções morais abrangentes¹³⁷.

Dworkin alega a impossibilidade de a ideia de Razão Pública servir de base para uma concepção de legalidade e decisão judicial. Para o autor (DWORKIN, 2004, p. 1399), se os argumentos gerais em relação ao Direito na obra de Rawls apontam para uma concepção interpretacionista, a razão pública é totalmente desnecessária. Rawls acerta apenas no fato de não permitir que um juiz justifique uma posição porque ele pensa de tal modo, mas se isso significar que um juiz não pode expor uma questão moral controversada em seu julgamento, pois estaria citando pontos de vista morais, trata-se de uma exigência impossível. Não há nenhuma concepção de Direito marcada pela falta de discricionariedade do juiz na decisão de

¹³⁶ Segundo Zambrano (2001, p. 880), pode-se concluir “que a razão pública estaria composta por um núcleo duro e imodificável e por uma zona dúctil que, progressivamente, se incorporaria ao primeiro através da tradição. O processo pode ser descrito como segue: a) o núcleo duro estaria dado por uma série de valores políticos - substantivos e procedimentais - hierarquizados em torno a dois valores superiores: a liberdade e a igualdade, assim como pela tradição de sua interpretação constitucional. b) Para muitos assuntos de justiça fundamental o núcleo duro da razão pública não proporcionaria mais que um marco de razoabilidade, cuja concreção imediata estaria a cargo do Tribunal Superior. Mas esta concreção não seria discricionária, mas, antes bem, estaria predeterminada pela vontade do eleitorado, manifestada através de uma maioria constante. c) a repetição de uma mesma interpretação ao longo do tempo daria lugar a uma nova tradição e, com isso, incorporaria esta solução ao núcleo duro ou imodificável. Aquele marco de razoabilidade resultaria reduzido, desta forma, a uma única opção razoável. d) Desta forma, a formação e transformação do conteúdo da razão pública resultaria de uma interação entre o poder legislativo e o poder judicial, na qual o primeiro canalizaria ao segundo e este verificaria se aquele não viola o núcleo da razão pública. e) a vulnerabilidade do núcleo duro situaria as decisões legislativas ou judiciais fora dos limites do razoável. Constituiria uma ruptura da ordem constitucional, uma revolução no sentido próprio da palavra”.

¹³⁷ Segundo Dworkin (2010, p. 357; 2004, p. 1398), “a própria concepção de justiça como equidade de Rawls depende criticamente do que parecem ser posições morais controversas. O princípio da diferença, por exemplo, é gerado e defendido de modo equilibrado por um conjunto de pressupostos, inclusive por aqueles acerca da irrelevância moral fundamental do esforço ou da responsabilidade”.

uma sentença, pois não há como cumprir a função jurisdicional sem levar em conta algum grau de controvérsia moral e política. (DWORKIN, 2004, p. 1399).

Rawls afasta algumas dessas críticas de Dworkin, já que introduz no debate político e jurídico doutrinas abrangentes. Propõe uma cláusula restritiva, o *proviso*, fundamentado no bom senso e na compreensão dos cidadãos razoáveis, sem modificar a natureza justificacional da razão pública. Dessa forma, o conhecimento mútuo pelos cidadãos das doutrinas morais abrangentes fortalece o compromisso democrático, não existindo razão alguma para que Rawls não permita aos operadores do Direito a citação de pontos de vista morais¹³⁸. O principal objetivo está em se produzir um debate e uma decisão jurídica apropriada à justificação pública, através do embate de posições diferentes relativas aos valores jurídicos fundamentais. (GARGARELLA, 2008, p. 201). Cabe aos debatedores e aos julgadores não ficarem limitados à própria argumentação abrangente, indo além disso em razão dos valores políticos.

Essa perspectiva denota uma concepção de Direito afastada de um mero procedimento formal, pois Rawls apresenta argumentos substantivos de argumentação jurídica voltados para a aplicação da justiça ao caso concreto. Nesse sentido, Dworkin (2004, p. 1404) apresenta esse aspecto como uma das principais contribuições de Rawls para a teoria jurídica. Segundo o autor, uma das objeções mais fortes ao Estado de Direito é aquela que sustenta que as decisões judiciais não podem ser descrições de nenhuma verdade objetiva, exprimindo apenas o estado de aprovação psicológica de quem a tomou. (DWORKIN, 2004, p. 1404). Rawls, em *Political liberalism*, apresenta uma concepção de objetividade, adequada às controvérsias que envolvem direitos, capaz de afastar todas essas críticas e servir de forte embasamento para uma teoria da decisão judicial.

Para Rawls a objetividade não depende de nenhum pressuposto de que o raciocínio jurídico é um caso de percepção, isto é, “que uma afirmação jurídica só pode ser objetivamente verdadeira quando a crença de que é verdadeira é causada pela situação que ela expõe” (DWORKIN, 2004, p. 1405). Para uma proposição enunciar uma verdade objetiva depende exclusivamente de seu conteúdo ao afirmar que sua verdade independe de qualquer crença ou preferência. Essa perspectiva evidencia o forte apelo argumentativo dado por Rawls à atividade jurídica, afastando a objetividade de qualquer apelo metafísico. O construtivismo

¹³⁸ A seguinte passagem de Rawls confirma essa conclusão (RAWLS, 2004a, p. 202; 1999g, p. 592): “Quando essas doutrinas aceitam o *proviso* e só então entram no debate político, o compromisso com a democracia constitucional é manifesto publicamente. Quando se tornam conscientes desse compromisso, funcionários do governo e cidadãos estão mais dispostos a honrar o dever de civilidade, e o fato de seguirem o ideal de razão pública ajuda a promover o tipo de sociedade que o ideal exemplifica.

político rawlsiano não “usa o conceito de verdade”, mas de razoabilidade, não gera nenhuma ordem de valores morais, preocupando-se apenas com princípios de justiça. Dessa forma, os argumentos a favor da objetividade só serão suficientes quando forem sistematicamente examinados.

A concepção de verdade e objetividade apresentada por Rawls parece, de fato, ser a maior contribuição do autor para a teoria jurídica. Essa ideia, que será desenvolvida, com maior profundidade no próximo capítulo, caracteriza a forte relação que o filósofo norte-americano propõe entre o Poder Judiciário e os espaços democráticos. A argumentação jurídica proposta nessa perspectiva resulta em um ambiente jurídico aberto para o recebimento de todos os valores existentes em uma sociedade plural, trabalhados dentro de uma razão pública, capaz de garantir não só a legitimidade do poder, bem como a estabilidade da sociedade através da confiança que os cidadãos serão capazes de depositar em suas instituições jurídicas.

5 O SENSO DE JUSTIÇA COMO BASE PARA UM REGIME CONSTITUCIONAL JUSTO

A razão pública, responsável por modelar o entendimento de Rawls quanto à função das instituições jurídicas na sociedade bem-ordenada, funciona como um dos principais elementos de justificação da teoria da justiça como equidade. Isso significa que não há como tentar definir uma teoria geral do Direito no pensamento de Rawls sem passar pela questão da justificação de sua teoria. Nesse sentido, é necessário verificar a função que desempenha o senso de justiça nessa relação, analisando o construtivismo político proposto pelo filósofo norte-americano.

Nesse contexto, a Razão Pública faz com que a justificação pública tenha origem em um consenso de premissas comuns que todas as partes em desacordo, consideradas livres e iguais e plenamente capazes de razão, podem endossar. (RAWLS, 1996, p. 38). Diante de conflitos políticos, a razão pública determina que os cidadãos convençam uns aos outros através de suas diretrizes de argumentação. Essa questão apresenta uma relação direta com dois pontos fundamentais em relação às questões jurídicas. Em primeiro lugar, o critério de singular objetividade proposto por Rawls para direcionar sua justificação pública. E em segundo lugar, a aceitação desses argumentos em equilíbrio reflexivo, levando em consideração os juízos ponderados dos cidadãos, evidenciando a importância do senso de justiça na concepção política de justiça.

A questão da teoria da decisão judicial, objeto de preocupação para os principais teóricos do Direito, deve ser analisada na obra de Rawls a partir desse contexto. Essa questão tem fundamental importância dentro da concepção de um Estado Democrático de Direito, pois exige que seja concebida uma teoria da decisão que evite que elas sejam produtos da aprovação ou desaprovação moral de quem as toma. Os principais críticos dos benefícios desse modelo de Estado apontam esse fato, alegando que é impossível uma decisão ser a descrição de uma verdade objetiva. (DWORKIN, 2004, p. 1404). Porém, as principais questões levantadas por Rawls na sua justificação coerentista como as restrições à razão pública, a importância das convicções bem ponderadas, o caráter intersubjetivo do equilíbrio reflexivo e o conceito de objetividade apresentada no construtivismo político afastam as principais críticas direcionadas às exigências do Estado Democrático de Direito.

É justamente quanto a este último aspecto que a teoria de Rawls pode contribuir de maneira decisiva para a questão. Pouco apreciada por autores preocupados com a questão, a concepção de objetividade apresentada por Rawls em *Political liberalism*, independente de

qualquer fundamentação metafísica, possibilita a construção de uma base para decisões objetivas que independem das crenças e preferências de quem quer que esteja envolvido no processo de argumentação jurídica. Nesse contexto, Rawls adota um procedimento construtivista no qual as faculdades de reflexão e de julgamento são desenvolvidas em consonância com a cultura pública comum. (RAWLS, 1996, p. 89). Esse construtivismo parece garantir um suporte argumentativo fundamental não somente para as questões políticas, mas jurídicas também.

O construtivismo político apresentado por Rawls deixa clara a justificação coerentista utilizada pelo autor. Nesse sentido, a concepção política de pessoa somada ao processo de elaboração dos princípios de justiça evidencia que o autor não utiliza uma fundamentação em crenças básicas na elaboração de sua teoria da justiça. Rawls limita a sua teoria ao campo do político. Dessa forma, seu argumento de justificação pública está voltado para o estabelecimento de um critério público de estruturação de uma sociedade plural, ignorando a análise da verdade, sem, porém, negligenciar a questão da objetividade moral. (RAWLS, 1996, p. 116). Assim, seus fundamentos não são obtidos a partir de uma teoria da verdade, mas através de uma construção do justo em uma situação concreta, na qual as noções de pessoa e sociedade desempenham um relevante papel.

Nesse aspecto, volta-se para a importância do senso de justiça nesse embasamento, pois a estratégia de justificação dos princípios de justiça utilizada por Rawls faz com que eles sejam coerentes com a sua teoria da justiça e com os juízos morais ponderados em equilíbrio reflexivo amplo (*wide reflective equilibrium*). Dessa forma, o senso de justiça pode ser tomado como correto para justificar decisões relativas a controvérsias políticas e jurídicas sem apelar para fundamentações morais abrangentes. Assim, sua teoria pode alcançar a objetividade de juízos sem recorrer a uma ontologia moral tradicional, pois um juízo moral pode ser justificado em coerência com outro juízo moral. (RAWLS, 1999h, p. 290). O equilíbrio reflexivo vincula os princípios de justiça com os juízos morais ponderados, dando um caráter internalista à teoria da justiça como equidade, pois visa embasar critérios políticos de organização social no senso de justiça dos cidadãos. A justificação pública rawlsiana, portanto, se afasta de critérios objetivos da verdade, propondo que todas as decisões sociais, políticas e jurídicas sejam embasadas por um processo de reflexão e da argumentação. Nessa perspectiva, o ideal de razão pública, aplicado aos tribunais, desempenha um papel fundamental na justificação pública de Rawls.

O equilíbrio reflexivo desempenha papel importante nessa questão ao incluir, em todos os níveis de generalidade, os juízos ponderados dos cidadãos, garantindo o mesmo valor a

todos eles. (RAWLS, 1999h, p. 289). Caracterize-se, portanto, como instrumento intersubjetivo que garante a pluralidade e o princípio de reciprocidade como elementos definidores de uma sociedade bem-ordenada. A objetividade em Rawls, portanto, independe de um pressuposto metafísico. Assim, as razões substantivas oferecidas para a defesa de uma proposição são suficientes para que ela seja considerada objetivamente verdadeira. Porém, essa objetividade não pode ser concebida de maneira independente do acordo político, pois os argumentos a favor da objetividade só serão plenamente suficientes quando examinados reciprocamente, a partir da aceitação de um ponto de vista recíproco sobre os valores políticos compartilhados e sobre os elementos constitucionais essenciais. (RAWLS, 1999h, p. 290).

Nesse sentido, é fundamental a análise do construtivismo político rawlsiano para verificar a discussão desses pontos da obra do autor, destacando a importância da concepção de objetividade apresentada pelo autor para o atual debate jurídico, destacando a sua relação com o senso de justiça e a teoria moral do autor. Esse fator irá reforçar a importância da obra de Rawls na construção de um procedimento adequado de tomada de decisões em uma democracia constitucional, pois a análise total de seus escritos evidenciam que qualquer decisão política deve não só ser compartilhada, mas também estar de pleno acordo com a cultura democrática pública da comunidade e ser coerente com o senso de justiça compartilhado pelos cidadãos.

5.1 O Construtivismo Político: uma concepção de objetividade adequada aos propósitos da argumentação jurídica

O construtivismo político, segundo Rawls, é uma visão relativa à estrutura e conteúdo de uma concepção política de justiça. Configura-se na garantia de que os princípios de justiça política (o conteúdo), depois de obtido o equilíbrio reflexivo, podem ser o resultado de um procedimento de construção. (RAWLS, 1996, p. 90). A importância de uma concepção política construtivista reside na necessidade de uma sociedade democrática, justa e estável assegurar a condição de um pluralismo razoável, por meio de um consenso sobreposto em relação a seus valores políticos fundamentais (RAWLS, 1996, p. 90). Ela garante o desenvolvimento dos princípios de justiça por meio das ideias públicas compartilhadas de sociedade como um esquema justo de cooperação.

Esse instrumento tem por objetivo atingir uma concepção adequada de objetividade, gerando os princípios de justiça. Nesse procedimento de construção, os agentes racionais, modelados de acordo com a posição original, como representantes dos cidadãos, selecionam

os princípios públicos de justiça que devem regular a estrutura básica da sociedade. Esse procedimento demonstra que os princípios de justiça, conjugados com as concepções de sociedade e de pessoa, resultam dos princípios da razão prática.

Rawls contrapõe o construtivismo político da justiça como equidade ao intuicionismo racional (Clarke, Price, Sidgwick e Ross) e ao construtivismo moral kantiano. (RAWLS, 1996, p. 91). Quanto ao intuicionismo racional, Rawls contrapõe-se a essa tradição por ela considerar que os princípios e juízos morais, quando corretos, são afirmações verdadeiras a respeito de uma ordem independente de valores. O intuicionismo, segundo o autor, considera que os juízos morais possuem uma função descritiva, pois estão relacionados a objetos dados e independentes. O modo de acesso a estes objetos independentes se dá através de uma intuição racional capaz de atingir as verdades em relação à moral, caracterizando uma vontade heterônoma. Nesse contexto, os princípios são reconhecidos pela razão teórica, considerando a verdade em congruência com uma ordem prévia de valores capacitada a possibilitar a objetividade moral¹³⁹.

Portanto, a teoria moral intuicionista compreende uma concepção de pessoa bastante diferente daquela concebida pelo construtivismo rawlsiano, pois ela apresenta um sujeito moral meramente passivo, capaz de apreender uma ordem moral independente. Essa característica que diferencia positivamente o construtivismo político, já que Rawls não nega os pressupostos teóricos do intuicionismo, mas apenas não os considera aptos à justificação pública de uma teoria da justiça voltada para uma democracia constitucional. A diferença fundamental, portanto, reside na construção dos princípios morais, vinculados a uma concepção bastante complexa de pessoa¹⁴⁰. A concepção política de justiça visa, através do construtivismo político, uma base pública de justificação articulada com a noção de pessoa livre e igual e de uma sociedade cooperativa em

¹³⁹ Para Rawls (1999b, p. 141; 1996, p. 96), “o intuicionista considera correto um procedimento quando, ao segui-lo corretamente, em geral leva ao julgamento correto a que se pode chegar de forma independente, ao passo que o construtivista político considera um julgamento correto porque resulta do procedimento razoável e racional de construção, quando corretamente formulado e corretamente seguido (supondo-se, como sempre, que o julgamento se baseia em informação fidedigna). Portanto, se o julgamento não for aceitável, o intuicionista diz que seu procedimento reflete uma interpretação equivocada da ordem independente de valores. O construtivista diz que a falha deve estar na maneira pela qual o procedimento modela os princípios da razão prática conjugados às concepções de sociedade e pessoa. Pois a conjectura do construtivista é que o modelo da razão prática, que, em seu conjunto, é correto, produzirá os princípios de justiça considerados corretos depois de cuidadosa reflexão”.

¹⁴⁰ Segundo Rawls (2000a, p. 215; 1999e, p. 397), “existem numerosos aspectos da natureza humana que podem ser escolhidos, em função do nosso ponto de vista, como sendo particularmente importantes. Disso dão testemunho expressões como *homo politicus*, *homo faber*, e assim por diante. A teoria da justiça como equidade parte da ideia de que a sociedade deve ser concebida como um sistema equitativo de cooperação, e por isso ela adota uma concepção de pessoa que está de acordo com essa ideia. [...] como as pessoas podem ser membros integrais de um sistema equitativo de cooperação social, nós lhes atribuímos as duas faculdades morais que correspondem a ideia de cooperação social [...] a saber, ser capaz de um senso de justiça e de uma concepção de bem”.

um equilíbrio reflexivo amplo. (O'NEILL, 2001, p. 354). Isso significa uma forte vinculação ao senso de justiça dos cidadãos, pois tal procedimento tem como ponto de partida as convicções implícitas profundas das pessoas, articulando-as com outras partes da teoria para atingir um acordo relativo aos princípios de justiça possíveis de serem amplamente aceitos.

No construtivismo político de Rawls, os princípios de justiça podem ser representados como um procedimento de construção, através da seleção feita pelas partes nas condições da posição original, que não termina nunca, mantendo-se por meio do equilíbrio reflexivo. Além disso, recorre a uma concepção complexa de pessoa e de sociedade, vendo as pessoas como membros de uma sociedade política caracterizada como um sistema equitativo de cooperação social. Aqui, supõe-se também que as pessoas tenham as duas faculdades morais (a capacidade de ter um senso de justiça e uma concepção de bem) conjugadas a essa ideia de cooperação social. (RAWLS, 1996, p. 93). Por fim o construtivismo não usa o conceito de verdade, mas de razoabilidade. Assim sendo, ele não gera nenhuma ordem de valores morais, preocupando-se apenas com princípios de justiça.¹⁴¹

Em resumo, para o construtivismo político, os princípios de justiça são o resultado de um procedimento de construção baseado na razão prática, incluindo uma concepção complexa tanto de pessoa como de sociedade para dar forma ao processo de construção. (QUINTANA, 1996, p. 155). Porém, sendo uma concepção política de justiça, é crucial que o construtivismo político não se oponha radicalmente ao intuicionismo racional, pois seu objetivo é evitar a oposição a qualquer doutrina abrangente, buscando uma ordem apropriada para uma sociedade plural. (RAWLS, 1996, p. 156).

Para Rawls, a concepção intuicionista não seria adequada justamente por determinar um critério ordenador possível de ser incompatível com os juízos morais mais confiáveis dos cidadãos. Ela não seria capaz de embasar uma concepção de justiça apropriada a exercer a tarefa de diminuir as divergências inerentes a uma sociedade plural, gerando um acordo dos cidadãos quanto às questões mais fundamentais. Por outro lado, ao vincular sua justificação coerentista aos juízos morais substantivos dos cidadãos, embasado em seu senso de justiça como um ponto fixo fundamental, o autor garante a possibilidade de aceitação dos seus

¹⁴¹ Segundo Rawls (1999b, p. 139; 1996, p. 94), “o construtivismo político especifica uma ideia do razoável e aplica essa ideia a vários objetos: concepções e princípios, juízos e fundamentos, pessoas e instituições. Em cada caso, também deve, é claro, especificar os critérios para julgar se o objeto em questão é razoável. No entanto, o construtivismo não usa (nem nega), como o faz o intuicionismo real, o conceito de verdade: não questiona esse conceito nem diria que o conceito de verdade e sua ideia do razoável são a mesma coisa. A concepção política, em si mesma, prescinde do conceito de verdade, em parte por razões consideradas mais adiante. Um dos motivos é que a ideia do razoável torna possível um consenso sobreposto das doutrinas razoáveis de uma forma que não está ao alcance do conceito de verdade. Seja como for, cabe a cada doutrina abrangente explicar como sua idéia do razoável se articula com seu conceito de verdade, se o tiver”.

argumentos devido ao fato de estes serem condizentes à cultura política democrática na qual os cidadãos estão inseridos¹⁴². Nesse sentido, o construtivismo político rejeita não apenas o intuicionismo, mas também concepções restritas de justificação incapazes de embasar reivindicações relativas à objetividade moral (O'NEILL, 2001, p. 348), como o comunitarismo.

As características apresentadas reforçam a ideia de que os princípios de justiça devem servir para regular a estrutura básica da sociedade sem recorrer a nenhuma verdade suprema, buscando um acordo equitativo entre os próprios cidadãos que promova o benefício mútuo, respeitado o fato do pluralismo razoável. Segundo Rawls, os cidadãos não podem chegar a um acordo sobre aquilo que suas crenças determinam como lei natural, devendo ser adotada uma visão construtivista para especificar os termos equitativos de cooperação social, como determinados pelos princípios de justiça. As bases dessa visão encontram-se nas ideias fundamentais da cultura política e pública e nas concepções da razão prática compartilhadas por todos. (RAWLS, 1996, p. 97). Assim sendo, fica demonstrada a importância, para um regime constitucional, da fundamentação dos princípios de justiça na razão prática, pois é somente endossando uma concepção construtivista (não metafísica) que os cidadãos podem encontrar princípios de aceitação total entre todos, sem negar os aspectos mais profundos de suas doutrinas razoáveis.

O alcance do construtivismo político limita-se aos valores políticos, não abrange os valores morais em geral. (NEDEL, 2000, p. 95). No construtivismo, a concepção de justiça precisa ser elaborada conforme uma cultura pública, usando como ponto de partida as concepções básicas de pessoa e sociedade, mediante um procedimento de construção, tendo como critério, não a verdade, mas a razoabilidade, e sem atendimento a qualquer autoridade externa. (RAWLS, 1996, p. 105). Rawls parece focar sua atenção no papel social da moralidade e na concepção de pessoa como elementos principais de uma doutrina moral. (RAWLS, 1999f, p. 342). Assim, apesar de tanto o construtivismo quanto o intuicionismo defenderem a possibilidade de existência de uma objetividade moral, Rawls diferencia sua teoria no modo como essa objetividade é entendida, pois vincula sua construção teórica a uma concepção própria de pessoa.

¹⁴² Segundo Rawls (2000a, p. 217; 1999e, p. 398) “a concepção de pessoa – tendo essas duas faculdades morais e, por conseguinte, sendo livres e iguais – é também uma das ideias intuitivas básicas implícitas na cultura política de uma democracia. Assinalemos, porém, que ela é o resultado de uma idealização e de uma simplificação para se chegar a uma visão clara daquilo que, para nós, é a questão fundamental da justiça política, a saber, qual a concepção da justiça que melhor convém para precisarmos os termos da cooperação social entre cidadãos considerados como pessoas livres e iguais e como membros normais e integrais da sociedade durante toda a vida”.

Como se percebe, o procedimento construtivista rawlsiano torna explícita a noção de pessoa pressuposta por sua teoria e sua estreita relação com os princípios morais. Dessa forma, ele oferece uma base apropriada de objetividade para seus propósitos políticos restritos. (RAWLS, 1996, p. 110). Dessa forma, pode-se afirmar que o construtivismo assegura a objetividade em questões morais, já que o procedimento através do qual são derivados princípios substantivos não pode ser arbitrário. Ele fornece um critério seguro como base de nossos juízos morais, capaz de assegurar a validade da teoria da justiça como equidade. Assim sendo, a objetividade proposta por Rawls está ligada diretamente à justificação coerencial da teoria da justiça como equidade, pois sua validade objetiva consiste no manejo satisfatório, através do equilíbrio reflexivo amplo, dos ideais morais articulados nos juízos morais ponderados e na cultura política pública. Esse contexto da discussão caracteriza o objetivo de Rawls em dispor de uma justificação ética que se destina a ser ontologicamente anti-realista, porém sem sacrificar a objetividade. (MAFFETTONE, 2010, p. 202).

Essa ligação demonstra mais uma vez a forte relação entre o senso de justiça e a construção política de Rawls, definindo o senso de justiça como um elemento essencial no seu critério de objetividade e, conseqüentemente, nas reflexões morais e jurídicas¹⁴³. Nesse sentido, a objetividade é entendida como um ponto de vista social construído de maneira apropriada e se impondo em relação a todos os pontos de vista individuais ou associativos. (RAWLS, 1999f, p. 340).

Nessa perspectiva, Rawls define cinco elementos essenciais de sua concepção de objetividade. O primeiro elemento essencial é referente à necessidade de uma concepção de objetividade estabelecer uma estrutura pública de pensamento suficientemente capaz de fazer com que o conceito de julgamento seja aplicado, fazendo com que se chegue a conclusões com base em razões e evidências, mediante ampla e cuidadosa discussão. (RAWLS, 1996, p. 110). Isso é fundamental para definir a importância do pensamento de Rawls para o embasamento da tomada de decisões jurídicas ou políticas em uma democracia constitucional, pois exige que todos sejam capazes de julgar e fazer inferências através de critérios e evidências mutuamente reconhecidos, sem expressar, única e simplesmente, a situação psicológica do agente. Dessa forma, entrando já no segundo elemento essencial, é

¹⁴³ Conforme Rawls (1998, p. 88; 1996a, p. 384), “a justiça como equidade explica várias concepções políticas fundamentais – a de sociedade como um sistema equitativo de cooperação, a de cidadão livre e igual e a de sociedade bem ordenada – esperando assim combiná-las em uma concepção política de justiça razoável e completa para a estrutura básica de uma democracia constitucional. Este é o objetivo primordial: ser apresentada a audiência da sociedade civil e compreendida por ela com o objetivo de que a levem em consideração. O critério global do razoável é o equilíbrio reflexivo geral e amplo”.

característica do processo de julgamento objetivar ser verdadeiro, fundamentado em uma ordem independente de valores¹⁴⁴, ou razoável, tendo seus julgamentos baseados na preponderância de razões especificadas pelos princípios do Direito e da justiça, resultantes de um procedimento coerente entre os princípios da razão prática e a concepção apropriada de pessoa e sociedade. (RAWLS, 1996, p. 111). Essa análise da objetividade traz a implicação de que é preferível apresentar os princípios de justiça não como verdadeiros, mas sim como razoáveis, dada a nossa concepção da pessoa. (RAWLS, 1999f, p. 341).

O terceiro elemento essencial define que a concepção de objetividade especifique uma ordem de razões da maneira estabelecida por seus princípios e critérios, atribuindo essas razões como guia para os agentes individuais ou coletivos pesar em seus julgamentos¹⁴⁵. Nesse sentido, o quarto elemento requer a necessária distinção e afastamento do ponto de vista objetivo de qualquer ponto de vista específico (individual ou coletivo), em qualquer momento dado. (RAWLS, 1996, p. 111). Rawls quer deixar claro que o ponto de vista objetivo não pode se vincular à objetividade de um agente específico. Portanto, uma consideração especificada em algum contexto individual ou social ainda seria capaz de permitir a objetividade da concepção política de justiça, evitando o relativismo moral. Por fim, o quinto elemento essencial está definido na concordância de julgamento entre agentes razoáveis, pois os considera capazes de aprender e dominar os princípios de justiça resultante do procedimento de construção, podendo aplicá-los corretamente, a ponto de poderem chegar às mesmas conclusões (RAWLS, 1996, p. 112).

A concepção moral, portanto, é objetiva somente quando estabelece uma estrutura de pensamento, julgamento e argumentação capaz de satisfazer os cinco elementos essenciais, além de possibilitar a plena capacidade dos cidadãos em explicar as discordâncias de uma certa forma. (RAWLS, 1996, p. 112). Somente essa concepção de objetividade será compatível com uma concepção política de justiça capaz de ser aceitável para todas as

¹⁴⁴ Rawls (1999b, p. 160; 1996, p. 114) deixa claro aqui que o intuicionismo, em relação a este elemento essencial da concepção de objetividade, afirma que “um julgamento moral correto é aquele que é verdadeiro de acordo com uma ordem independente de valores morais [...] O construtivismo político não afirmaria nem negaria isso. Para seus propósitos o conceito de razoável é suficiente. Portanto, o intuicionismo racional pode admitir que o construtivismo político tem um tipo de objetividade [...] A objeção daquele é que falta ao construtivismo uma concepção adequada de verdade dos julgamentos morais, uma concepção que considere os princípios morais verdadeiros ou falsos em relação a uma ordem independente de valores”.

¹⁴⁵ Segundo Rawls (1999b, p. 161, 1996, p. 115), “o terceiro elemento essencial requer que a ordem das razões dadas por seus princípios seja transmitida aos agentes como razões às quais eles devem dar a devida prioridade, distinguindo-as das razões que têm de acordo com seu próprio ponto de vista. Se isso não fosse exigido, inexistiria uma base compartilhada de justificação pública. Finalmente, como corolário, o quarto elemento essencial reforça o terceiro ao enfatizar a distinção entre o ponto de vista objetivo e o ponto de vista de qualquer pessoa específica. Em geral, pensamento e julgamento sempre são necessários para alinhar nosso ponto de vista com o ponto de vista objetivo. A mesma coisa é necessária para que haja uma base de justificação pública e compartilhada”.

doutrinas abrangentes e racionais. (RAWLS, 1996, p. 114), já que o construtivismo político não pode se fundamentar em uma ideia de verdade moral nos moldes do intuicionismo, pois isso vai além dos limites de uma concepção política de justiça que pretende ser aceitável em uma sociedade pluralista¹⁴⁶. Os cinco elementos descritos são as características necessárias para a constituição de uma base pública e aberta de justificação para cidadãos livres e iguais, já que a ideia essencial é de que a concepção de justiça cumpra seu papel social, fazendo com que os cidadãos conscienciosos sejam conduzidos a uma convergência suficiente de opiniões ao respeitar o âmbito de deliberação estabelecido. (RAWLS, 1999f, p. 347).

As ideias de Rawls expressam claramente que o ponto de vista objetivo deve sempre se originar “em algum lugar”. (RAWLS, 1996, p. 116). Isso significa que, ao se embasar na razão prática, ele deve expressar o ponto de vista de pessoas adequadamente caracterizadas como razoáveis e racionais, ou seja, como portadoras de uma concepção de bem e seu senso de justiça. Rawls claramente conecta a objetividade moral a uma perspectiva social, envolvendo uma espécie de justificação prática, ao invés de epistemológica. (MAFFETTONE, 2010, p. 202). Para Rawls, porém, embasar sua justificação através dos valores da sociedade democrática não implica um passo em direção ao relativismo moral porque ele formula sua concepção de objetividade em termos kantianos. (MAFFETTONE, 2010, p. 202).

Nesse contexto, os cidadãos de uma sociedade bem ordenada não fazem avaliações política e jurídicas a partir da posição particular que ocupam. Ao contrário, eles assumem um ponto de vista objetivo e sustentam seus argumentos através de razões de justiça mutuamente reconhecidas e aceitas por todos. O objetivo é fazer com que as disputas argumentativas existentes entre diferentes concepções de bem sejam resolvidas pelo julgamento voluntário dos cidadãos após a devida reflexão definida pelo método do equilíbrio reflexivo.

Segundo o autor (RAWLS, 2000a, p. 137; 1999f, p. 356)

A objetividade deve ser compreendida com referência a um ponto de vista social corretamente construído, do qual o contexto fornecido pelo procedimento da posição original é um exemplo. Esse ponto de vista é social sob diversos aspectos. É o ponto de vista publicamente compartilhado pelos cidadãos de uma sociedade bem

¹⁴⁶ Segundo Rawls (2000a, p. 126; 1999f, 350), “a teoria da justiça como equidade, enquanto doutrina construtivista, sustenta que não há necessariamente resposta para todas as perguntas morais que somos levados a nos fazer na vida cotidiana. De fato, é possível que apenas um pequeno número dentre elas possa ser resolvido graças as concepções morais que podemos compreender e aplicar. As limitações práticas impõem um objetivo bem mais modesto a uma concepção aplicável da justiça, a saber, identificar as questões de justiça mais fundamentais que possam ser tratadas na esperança de que, uma vez feito isso e estabelecidas instituições básicas justas, os conflitos de opinião que persistirem não sejam tão profundos nem tão extensos que não se possa encontrar um acordo [...] a ideia de aproximação da verdade moral não tem lugar numa doutrina construtivista”.

ordenada, e os princípios que daí decorrem são reconhecidos por eles como vigentes no que diz respeito às reivindicações dos indivíduos e das associações. Além disso, esses princípios governam a estrutura básica da sociedade no âmbito da qual se desenrolam as atividades desses indivíduos e dessas associações. Enfim, ao representar a pessoa como cidadão livre e igual de uma sociedade bem ordenada, o procedimento construtivista produz princípios que concretizam os interesses superiores de cada um e definem os termos equitativos da cooperação social entre tais pessoas. Quando os cidadãos invocam tais princípios, falam enquanto membros de uma comunidade política e recorrem a esse ponto de vista comum seja em seu favor, seja em favor de outrem. Nesse sentido, o acordo essencial a respeito dos julgamentos de justiça não advém de uma ordem moral anterior e independente, mas da adoção por cada um da mesma perspectiva social determinante.

Essa discussão geral sobre a objetividade é um dos aspectos fundamentais propostos pela teoria da justiça de Rawls para a discussão jurídica. Para Rawls, o fato de uma proposição ou decisão expressar uma verdade objetiva está diretamente relacionado com o seu conteúdo, com o fato de ele expressar independência em relação a qualquer crença, preferência ou fundamentação metafísica. (DWORKIN, 2010, p. 368). Não se exige de nenhum julgamento que suas razões demonstrem relação com qualquer ordem moral independente, basta que as razões apresentadas de boa-fé sejam suficientemente persuasivas. (RAWLS, 1996, p. 119). As convicções políticas são objetivas quando há razões, especificadas por uma concepção política de justiça, capazes de convencer todas as pessoas razoáveis de que elas são razoáveis¹⁴⁷. Não se trata da produção de um acordo em relação a um conjunto de ideais políticos e sociais que todos podem reconhecer como correto e verdadeiro, mas de buscar um critério de justificação pública capaz de reduzir os conflitos em uma sociedade marcada pela pluralidade de concepções de bem.

A lição fundamental de Rawls quanto a esse respeito é salientar, para qualquer atividade jurídica, a necessidade de aprender a usar e aplicar os conceitos de julgamento e os critérios capazes de selecionar os tipos de fato a serem considerados razões políticas substantivas, objetivando atingir uma concordância de julgamento capaz de reduzir nossas diferenças de forma suficiente a assegurar relações justas aceitáveis entre todos. (RAWLS, 1996, p. 120). Nesse sentido, discordâncias de peso são compatíveis com a objetividade, devendo existir a necessidade de explicar a impossibilidade de convergência dos julgamentos através dos limites do juízo, das dificuldades de examinar e pesar todas as evidências e chegar a um equilíbrio entre razões rivais apresentadas. (RAWLS, 1996, p. 121). O construtivismo

¹⁴⁷ Segundo Rawls (1999b, p. 165; 1996, p. 119), “as convicções políticas são objetivas quando pessoas razoáveis e racionais, suficientemente inteligentes e conscienciosas no exercício da faculdade da razão prática e cujo raciocínio não exhibe nenhum dos defeitos comuns do raciocínio, acabam por endossá-las, ou por reduzir significativamente suas diferenças em relação a elas, desde que essas pessoas conheçam os fatos relevantes e tenham examinado suficientemente os argumentos relacionados à questão em condições favoráveis à cuidadosa reflexão”.

político, portanto, gera razões objetivas ao levar em consideração razões compartilhadas capazes de reduzir o conflito entre pessoas razoáveis e racionais. Essas, por sua vez, revisam os argumentos essenciais e explicam sua divergência dentro dos limites do juízo, compatibilizando a objetividade com os conflitos argumentativos¹⁴⁸.

O construtivismo político tem como objetivo produzir princípios e critérios organizacionais do espaço público, capazes de especificar quais fatos relativos ao mundo social em geral são relevantes para as deliberações políticas. Do ponto de vista da objetividade moral, o construtivismo, ao contrário do intuicionismo¹⁴⁹, deve garantir que o raciocínio seja influenciado pelas capacidades humanas de reflexão e julgamento. (MAFFETTONE, 2010, p. 207). Rawls (1999b, p. 169; 1996, p. 122) deixa isso bem claro ao afirmar que

o que se procura estabelecer é uma estrutura de pensamento dentro da qual se possa identificar os fatos que são relevantes de um ponto de vista apropriado e determinar seu peso enquanto razões. Compreendida dessa maneira, uma concepção política construtivista não é incompatível com o que nos diz o bom senso acerca da verdade e das questões de fato.

Quanto a este aspecto, repete-se a importância do senso de justiça na construção moral rawlsiana, já que o construtivismo político não procura saber a fundamentação da razoabilidade de uma informação. O construtivismo político atingirá uma base conveniente para a objetividade se produzir os princípios primeiros de uma concepção de justiça que se afirme mais do que as outras com as convicções bem ponderadas dos cidadãos em um equilíbrio reflexivo amplo. (RAWLS, 1999f, p. 353). Como afirma o próprio Rawls (1996, p. 124), podem-se aceitar provisoriamente e com confiança os julgamentos ponderados, em

¹⁴⁸ Segundo Oliveira (2009, p. 50), “o neocontratualismo rawlsiano coincide precisamente com a sua apropriação do construtivismo kantiano, na auto-regulação recorrente de uma cooperação social entre pessoas livres e iguais. Portanto, na medida em que direitos, valores e normas politicamente objetivados numa Constituição são reivindicados através de práticas cotidianas intersubjetivas (pelo voto, por reformas constitucionais, por atos de desobediência civil, pelo exercício pleno da cidadania) as aparentes defasagens entre os ideais reguladores de uma situação hipotética (situação original, sociedade bem-ordenada, os dois princípios da justiça) e nossas experiências concretas de existência social são gradativamente corrigidas de forma a “consolidar” (“to entrench”) o processo democrático-constitucional. O equilíbrio reflexivo (tanto no sentido restrito dos princípios morais e juízos particulares quanto no sentido amplo da natureza humana e suas formas de vida sociais) sempre nos remete ao processo de construção de uma sociedade bem-ordenada, de forma a nos integrar com a interminável tarefa de recorrer à posição original enquanto dispositivo procedimental de representação”.

¹⁴⁹ Segundo Rawls (2000a, p. 116; 1999f, p. 343), as teses do intuicionismo “implicam que o acordo dos julgamentos morais, que é tão importante para uma concepção pública efetiva de justiça, está baseada no reconhecimento de verdades imediatamente evidentes a respeito das razões válidas a serem utilizadas. Ademais, o conteúdo dessas razões é fixado por uma ordem moral que é anterior à nossa concepção de pessoa e do papel social da moralidade, que é independente dela. Essa ordem é dada pela natureza das coisas e é conhecida não pelos sentidos, mas por uma intuição racional”.

equilíbrio reflexivo amplo, como pontos fixos tomados como fatos básicos, que, após ampla reflexão, estarão coerentemente ligados com os princípios e conceitos de uma concepção política de justiça. Percebe-se que a discussão em relação à objetividade do procedimento político de construção converge para a questão da justificação. Assim, considera uma concepção mais complexa de pessoa, baseada nas capacidades morais dos agentes (como possuidoras de uma concepção de bem e de um senso de justiça) e a possibilidade de acesso aos argumentos necessários para endossar uma concepção de justiça aceitável por todos. Além disso, tais ideias reafirmam que não há razões de justiça além daquelas produzidas pela combinação coerente entre os argumentos da posição original, do equilíbrio reflexivo e da razão pública. (MAFFETTONE, 2010, p. 208).

5.2 Rawls e Uma Teoria da Decisão Judicial

O método construtivista de Rawls apresenta diversos aspectos fundamentais capazes de apontar uma função judicial ajustada a uma democracia constitucional justa. Nesse sentido, questões como a concepção de objetividade apresentada pelo autor e o método do equilíbrio reflexivo podem servir como parâmetro para o embasamento teórico de uma teoria geral das decisões políticas e jurídicas capaz de garantir segurança à população, evitando uma forma de juristocracia, garantindo a justiça nos casos concretos.

Conforme visto, a relação entre o construtivismo de Rawls e o equilíbrio reflexivo faz com que o senso de justiça tenha uma função especial na justificação da teoria da justiça como equidade, sem fazer, contudo, com que o autor recorra a uma verdade moral relacionada à objetividade. Assim, a concepção de objetividade deve estabelecer uma estrutura pública capaz de fazer com que o processo de argumentação e julgamento seja concebido com base em razões mutuamente reconhecidas. Essa estrutura requer e garante que todos os julgamentos morais sejam razoáveis¹⁵⁰.

A posição de Rawls, em assumir o seu liberalismo político com uma concepção mínima de objetividade apta a garantir um consenso sobreposto entre doutrinas

¹⁵⁰ Tal função do senso de justiça fica bem clara na clássica passagem de *Reply to Habermas*, na qual Rawls explica o significado de equilíbrio reflexivo amplo e geral: “Equilíbrio reflexivo amplo é o equilíbrio reflexivo alcançado quando o cidadão considera cuidadosamente concepções alternativas de justiça e a força de vários argumentos a favor delas. Mais especificamente, o cidadão considera as principais concepções de justiça políticas presentes na nossa tradição filosófica e mede a força das diferentes razões filosóficas e de outros tipos a favor delas. Suponhamos que estas convicções gerais do cidadão, primeiros princípios e juízos particulares estejam de acordo entre si. O equilíbrio reflexivo é amplo dada a amplitude da reflexão e possivelmente as diversas mudanças de ponto de vista que a tenham precedido [...] Dito equilíbrio é plenamente intersubjetivo: isto é, cada cidadão levou em conta a razoabilidade e os argumentos dos demais cidadãos” (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 88; 1996a, p. 384)

compreensivas razoáveis, afasta a teoria da justiça como equidade de posições metafísicas de moralidade e também de posições relativistas e céticas em relação à objetividade moral. No âmbito democrático, a garantia de um critério de objetividade capaz de ser aplicado nas decisões políticas e institucionais é fundamental para afastar todo e qualquer ceticismo quanto à possibilidade de se encontrarem respostas adequadas para as questões jurídicas fundamentais¹⁵¹. O pluralismo de concepções das sociedades atuais somente poderá ser protegido através de uma política jurídica comprometida com a questão da democracia.

Assim, a concepção de objetividade proposta por Rawls, somada ao ideal de razão pública, garante a ausência de protagonismos individuais e de decisões pessoais baseadas exclusivamente na vontade dos detentores do poder. A abordagem de Rawls objetiva, justamente, afastar a atuação jurisdicional de suas preferências morais pessoais, de suas paixões e ideologias, impedindo a interferência política direta do Poder judiciário em relação ao processo democrático de formação da vontade. O ceticismo, afastado por Rawls, está na base de todas as teorias morais e jurídicas, como o utilitarismo e o positivismo jurídico, aptas a abrir uma janela para a existência de arbitrariedades e incoerências nas funções institucionais, impedindo a legitimidade do discurso jurídico¹⁵².

A teoria de Rawls, portanto, garante a possibilidade de definir padrões objetivos mínimos capazes de avaliar uma decisão política e jurídica. No caso de uma proposta de teoria da decisão judicial, não significa que os julgadores estariam obrigados a emitir decisões perfeitas e definitivas, mas sim que se possa possuir critérios objetivos de avaliar a justiça de uma decisão, já que a ausência deles transformaria a atividade jurisdicional em discursos de poder, ligados a conveniência política e aos interesses econômicos de uma minoria¹⁵³.

¹⁵¹ Para Rawls (2004a, p. 174; 1999g, p. 574), “a ideia de razão pública explicita no nível mais profundo os valores morais e políticos que devem determinar a relação de um governo democrático constitucional com os seus cidadãos e a relação destes entre si. Aqueles que rejeitam a democracia constitucional com o seu critério de reciprocidade rejeitarão, naturalmente, a própria ideia de razão pública [...] O liberalismo político não conquista os que pensam dessa maneira. O zelo de incorporar a verdade inteira na política é incompatível com uma ideia de razão pública que faça parte da cidadania democrática”.

¹⁵² Segundo Dworkin (2002, p.XIV), essa possibilidade de gerar injustiças e arbitrariedades está fundamentada no fato de que “o positivismo jurídico rejeita a ideia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a ideia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade”.

¹⁵³ Segundo Rawls (2004a, p. 179; 1999g, p. 577), “a ideia de razão pública origina-se de uma concepção de cidadania democrática numa democracia constitucional. Essa relação política fundamental da cidadania tem duas características especiais: primeiro, é uma relação de cidadãos com a estrutura básica da sociedade, uma estrutura em que entramos apenas pelo nascimento e da qual saímos apenas pela morte; segundo, é uma relação de cidadãos livres e iguais, que exercem o poder político último como corpo coletivo [...] Quando numa questão constitucional essencial, ou numa questão de justiça básica, todos os funcionários governamentais adequados atuam a partir da razão pública e a seguem, e quando todos os cidadãos razoáveis pensam em si mesmos idealmente, como se fossem legisladores seguindo a razão pública, a disposição jurídica que expressa a opinião da maioria é legítima”.

A perspectiva de Rawls se afasta das perspectivas positivistas e utilitaristas responsáveis por definir as características do exercício jurisdicionais. O positivismo jurídico, por exemplo, sempre trabalhou a questão da função jurisdicional a partir de uma visão subjetiva e objetiva (distante do sentido de objetividade proposto por Rawls), nas quais a aplicação do Direito seria objetivamente controlada pelas regras e subjetivamente determinada pelas preferências valorativas do julgador¹⁵⁴. Nenhuma dessas visões se apresentaria aptas a resolver os problemas complexos inerentes a uma sociedade marcada pelo pluralismo e pelo conflito de interesses, pois trariam uma ausência dialógica entre o julgador e o princípio de resolução do caso ou abriria a possibilidade de uma atividade discricionária sem nenhum critério razoável de embasamento.

Nota-se que Rawls afasta claramente essas duas possibilidades, pois sua justificação pública pode ser considerada internalista. (RAWLS, 1996, p. 89). Dessa maneira, na teoria da justiça como equidade, a razão pública desempenha a função de discutir e elaborar as convicções públicas, ignorando as preferências e interesses de qualquer agente. (RAWLS, 1996, p. 135). Portanto, os sujeitos razoáveis elaboram os princípios políticos regulamentadores da sociedade, em consonância com seu senso de justiça, defendendo instituições aptas a reforçar o reconhecimento público da necessidade de seguir tais princípios. A ênfase dada por Rawls a essa característica é restrita ao aspecto político, construindo um entendimento coletivo através da reflexão e da argumentação, em uma perspectiva intersubjetiva, afastada da objetividade positivista, caracterizada por um processo lógico-dedutivo e pelo completo rompimento entre Direito e Moral¹⁵⁵. O ideal de razão pública evidencia essa posição ao reorientar os princípios de justiça para a deliberação inerente aos processos decisórios que legitimam as instituições sociais, jurídicas e políticas de uma democracia liberal constitucional, procurando articular o âmbito da moralidade e da legalidade.

A importância de tal abordagem tem uma ligação íntima com a própria possibilidade da democracia, pois não se pode permitir que a discricionariedade judicial se sobreponha a

¹⁵⁴ Isso fica bem evidente quando Kelsen trata do que ele chama de interpretação “*autêntica*”, realizada pelos órgãos competentes pela aplicação do Direito. Nesse sentido (KELSEN, 1998, p.394), “a interpretação cognoscitiva do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”.

¹⁵⁵ Nesse sentido, Habermas (1997, p.154) afirma que “a moral pode irradiar-se a todos os campos de ação, através de um sistema de direitos com o qual ela mantém um vínculo interno, atingindo inclusive as esferas sistemicamente autonomizadas das interações dirigidas por meios que aliviam os atores de todas as exigências morais, com uma única exceção: a da obediência geral ao direito [...] Só poderemos avaliar a propagação dos conteúdos morais pelos canais das regulamentações jurídicas, quando encararmos o sistema do Direito como um todo”.

todos os elementos institucionais e jurídicos, delegando a decisão à livre consciência do julgador. Estaria negada a autonomia dos cidadãos em escolher os meios institucionais fundantes do pacto constituinte e as regras gerais de convívio social. Isso tudo enfraqueceria os alicerces da democracia, impedindo uma plena posição de estabilidade social. Rawls em seu modelo construtivista, propõe uma base contratualista de objetividade, na qual o ponto de vista objetivo é o ponto de vista social (*social point of view*), já que os envolvidos reconhecem, no acordo fundamental, critérios normativos razoáveis e legítimos que servirão para arbitrar qualquer conflito moral em uma sociedade democrática, implicando em uma ontologia social intersubjetiva. (SILVEIRA, 2011, p. 71).

Nesse sentido, torna-se claro que, como afirma Dworkin (2010, p. 342), Rawls não adere à teoria geral do Direito de cunho positivista. As teorias positivistas insistem em que tudo aquilo que o Direito exige ou permite é apenas uma questão social de fato, sem nenhuma dependência com questões morais controversas. Esse modelo, inicialmente proposto por Hans Kelsen, buscou desvincular o conhecimento do Direito de tudo que não fosse o próprio Direito, afastando qualquer conteúdo moral ou político. Objetivava-se o ideal de uma neutralidade na descrição do objeto de conhecimento do próprio Direito¹⁵⁶. Nesse sentido, o Direito é concebido em forma piramidal, de maneira que uma norma inferior retira sua validade de uma norma superior.

Dessa maneira, o sistema de Direito positivista se caracteriza como um sistema de normas que retiram sua validade de uma norma hierarquicamente superior, que confere a alguém a competência para criá-las de acordo com *seus atos de vontade*, que serão objetivamente válidos se estiverem de acordo com tal competência conferida¹⁵⁷. Percebe-se, portanto, que entre uma norma superior e uma norma inferior existe um *ato subjetivo de vontade* que aplica a competência da norma hipotética superior fundamental. É nesse sentido que Kelsen (1998, p. 387) classifica a interpretação judicial como uma operação mental

¹⁵⁶ Segundo Kelsen (1998, p. 77), “quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e exclui deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores. O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito”.

¹⁵⁷ Essa ideia é totalmente contrária à perspectiva de razão pública de Rawls. O autor (RAWLS, 2004a, p. 221; 1999g, p. 605) afirma expressamente que “quando parece haver um impasse, isto é, quando os argumentos jurídicos parecem equilibrados em ambos os lados, os juízes não podem solucionar o caso simplesmente recorrendo às suas próprias concepções políticas. Fazer isso, para os juízes, é violar o seu dever. O mesmo é válido para a razão pública: se, quando ocorrem impasses, os cidadãos simplesmente invocam razões de fundamentação apenas das suas concepções abrangentes, o princípio da reciprocidade é violado”.

inerente ao processo de aplicação do Direito, no progredir da norma superior para a norma inferior, visando estabelecer qual o conteúdo de uma norma individual na sentença judicial. O Direito, portanto, se configuraria em uma moldura dentro da qual haveria várias possibilidades de aplicação, sem esperar a possibilidade de se encontrar uma única resposta correta para um caso concreto. (KELSEN, 1998, p. 390). Contudo, como afirma Kelsen (1998, p. 218), esse ato determinante nunca é completo, havendo sempre um espaço para a livre apreciação. Assim, a decisão seria um ato de vontade do julgador, que, de maneira, subjetiva, escolhe entre várias possibilidades uma das respostas possíveis.

Nesse contexto, os positivistas afirmam que o juiz deve exercer seu poder discricionário para introduzir inovações no Direito quando se deparar diante de casos difíceis (*hard cases*), pois o Direito pré-estabelecido não é capaz de resolver o problema de forma imediata. Assim, o déficit democrático desse modelo é evidente, pois substitui critérios públicos de aceitação pelas preferências pessoais de quem julga¹⁵⁸. De forma semelhante, se percebe a mesma condição no conceito de Direito de Herbert Hart. Segundo esse autor (HART, 2009, p. 187), toda regra jurídica enuncia um núcleo de certeza e um núcleo de imprecisão. Dessa maneira, enquanto no núcleo de certeza a aplicação é clara e segura, no núcleo de imprecisão há uma área de incerteza, uma textura aberta, que permite razões convincentes para aplicar a regra em mais de um sentido. Não há nesse segundo caso, portanto, como afirmar qual é a resposta correta ao caso, já que mais de uma interpretação é permitida e o juiz a escolherá por meio de suas convicções pessoais. (HART, 2009, p. 101). A presença desse poder discricionário afasta qualquer possibilidade de aproximação de um conceito de justiça, configurando o positivismo jurídico como uma concepção cética do direito que defende a relatividade dos valores e a impossibilidade de objetividade nos processos de decisão.

Segundo Dworkin (2010, p. 62), a questão da “discricionariedade judicial” na perspectiva positivista pode apresentar dois sentidos. Em um sentido fraco, pode ser entendida como a possibilidade de o julgador interpretar e decidir um caso de acordo com suas próprias convicções, porém, em um sentido mais forte, mencionado pela teoria positivista, pode permitir que o julgador não se vincule a nenhum outro padrão legal que direcione a decisão.

¹⁵⁸ Segundo Dworkin (2010, p. 299), “o Estado se tornou demasiado complexo para adequar-se à austeridade positivista. A tese de que o direito de uma comunidade consiste apenas nas determinações explícitas dos órgãos legislativos parece natural e conveniente quando os códigos legislativos explícitos podem pretender suprir toda a legislação de que uma comunidade necessita. Contudo, quando a transformação tecnológica superam o provimento do direito positivo, os juízes e as outras autoridades judiciais devem voltar-se para princípios mais gerais de estratégia e justiça, de modo a adaptar e fazer o direito evoluir em resposta às novas necessidades”.

Esse fator evidencia a forte afinidade entre o positivismo jurídico e o utilitarismo (DWORKIN, 2010, p. 350). Conforme Jeremy Bentham (1984, p. 15), a legislação utilitarista deve ser organizada e direcionada a partir de uma única fonte plenamente apta a maximizar o princípio da utilidade. Isso serviu para fundamentar uma concepção de Direito delegada à vontade do soberano, rompido com qualquer aspecto natural¹⁵⁹. A verificação relativa as decisões deveria ser feita exclusivamente através de um critério de conveniência social, embasado no princípio utilitarista. O Direito, portanto, esvazia-se de sua qualificação como instrumento distributivo de justiça¹⁶⁰.

Dworkin relaciona o utilitarismo com o positivismo jurídico através das proposições positivistas de John Austin. Esse autor (AUSTIN, 1995, p. 18) caracterizou ainda mais fortemente o Direito como uma vontade emanada da autoridade, desvinculando o Direito de qualquer relação com a Moral. Austin definia a lei como um comando geral e abstrato procedente de alguma pessoa ou um grupo que ocupa uma posição de soberano na sociedade. (AUSTIN, 1995, p. 7). Em sua teoria, portanto, Direito parece seguir critérios utilitaristas de conveniência social, pouco importando a justiça e os valores da comunidade política. A corrente de pensamento conhecida como *Law and Economics* também seguiu as construções teóricas utilitaristas, defendendo a maximização da riqueza social agregada como valor a ser perseguido pelo Direito¹⁶¹. Essa visão reduz a jurisdição a uma regulação de mercado, na qual a decisão jurídica passa a se tornar uma questão de estratégia econômica. O Direito perde seu caráter autônomo, ficando sujeito à vontade dos detentores do poder econômico.

¹⁵⁹ Van Paijs explica que (1997, p. 16) “para o utilitarismo, as questões fundamentais da filosofia política – o que devemos fazer de nossa sociedade? Qual é o critério que deve reger nossas decisões coletivas? Qual a natureza de uma sociedade justa? – não podem ser resolvidas pela submissão a preconceitos, a um pretenso direito natural, aos interesses particulares de tal ou qual grupo. Para resolvê-las, é preciso apelar para uma análise objetiva, científica, neutra para as prováveis conseqüências das diferentes opções possíveis, mas com a preocupação de descobrir e escolher a opção que permitiria reduzir tanto quanto possível os sofrimentos e aumentar, ao contrário, o prazer, ou de modo mais amplo, o bem-estar dos membros da sociedade em questão – ou de toda humanidade”.

¹⁶⁰ Segundo Rawls (2008, p. 37; 1999a, p. 30), “no cálculo do maior saldo de satisfações não importa, exceto indiretamente, quais são os objetos de desejo. Devemos ordenar as instituições de modo a obter a maior soma de satisfações; não questionamos a sua origem ou qualidade mas apenas o modo como a satisfação afetaria a totalidade do bem-estar. O bem-estar social depende direta e exclusivamente dos níveis de satisfação ou insatisfação dos indivíduos. Assim se os seres humanos têm certo prazer na discriminação mútua, na sujeição de outrem a um grau inferior de liberdade como um meio de aumentar a sua auto-estima, então a satisfação desses desejos deve ser pesada em nossas deliberações de acordo com a sua intensidade, ou qualquer outro parâmetro, em comparação com outros desejos”.

¹⁶¹ Na visão dessa teoria afirma Posner (2007, p. 477), “os juízes têm um duplo papel: interpretar as negociações de grupos de interesses incorporadas à legislação e oferecer o serviço público básico da solução legítima de litígios. Eles desempenham esse último papel não apenas ao decidirem casos de acordo com normas preexistentes, mas também ao elaborarem essas normas [...] O Direito que eles criam revela, de acordo com a teoria econômica que estou expondo, uma coerência material extraordinária. É como se os juízes quisessem adotar as regras, os procedimentos e os resultados de casos que contribuíssem para aumentar a riqueza da sociedade”.

Rawls apresenta um forte argumento contra esses métodos a partir de seu construtivismo político. Em primeiro lugar, visando adequar sua teoria da justiça ao pluralismo inerente as sociedades modernas, o filósofo norte-americano não presume que todos que compartilham um conceito de justiça fazem isso através de um entendimento substancial quanto a critérios do justo ou do injusto. Para Rawls, os cidadãos compartilham apenas um entendimento comum não abrangente, o que faz com que concordem apenas o suficiente acerca de juízos compartilhados. (Dworkin, 2010, p. 348). É nesse sentido que o autor propõe seu método de equilíbrio reflexivo, visando harmonizar os princípios gerais com o senso de justiça dos cidadãos. (RAWLS, 1999h, p. 288).

Dworkin (2010, p. 349) enfatiza a importância do método do equilíbrio reflexivo de Rawls para o Direito ao afirmar que

Podemos identificar o que aparentemente nem é preciso dizer que faz parte de nosso Direito [...] coisas com as quais estamos todos familiarizados. Podemos dizer que se trata de paradigmas do direito. Em seguida, podemos criar o outro polo de um equilíbrio interpretativo, pois compartilhamos um ideal abstrato que pode desempenhar, na teoria jurídica, o mesmo papel que o conceito de justiça desempenhava para Rawls. Este é o conceito de Direito [...] Podemos, então, tentar criar uma concepção adequada de legalidade, isto é, uma concepção de legalidade que equilibre nossos diferentes pressupostos pré-analíticos sobre proposições concretas de direito com os princípios gerais de moralidade política que pareçam explicar melhor a natureza e o valor da legalidade.

O método do equilíbrio reflexivo, interpretado nesse contexto, possibilita que se evite a incidência do poder discricionário, pois permite que o julgador, diante de um caso no qual não haja nenhuma regra jurídica válida, tenha como ponto de partida os princípios gerais do Direito formados a partir de todo material jurídico disponível, formando uma teia coesa. (DWORKIN, 1978, p. 250). Dessa maneira, uma teoria política será formada, sendo o espelho da história institucional da comunidade na qual está inserida. (DWORKIN, 1978, p. 251). A solução do caso estará ajustada a essa história institucional e deverá estar justificada ante a cultura jurídica compartilhada da sociedade. Essa interpretação é justamente utilizada por Dworkin para combater o modelo positivista¹⁶².

¹⁶² Segundo Dworkin (2002, p. 250), o modelo construtivo não é estranho aos juristas: “é análogo a um modelo de decisão judicial no direito costumeiro. Suponhamos que um juiz se veja diante de uma exigência nova, por exemplo, uma exigência de indenizações com base no direito jurídico à privacidade, direito ainda não reconhecido pelos tribunais. Ele deve analisar os precedentes que pareçam, de algum modo, relevantes para ver se algum princípio que esteja, digamos, ‘embutido’ em tais precedentes diz respeito ao pretendido direito à privacidade. Poderíamos conceber esse juiz como na situação de um homem que, a partir de suas intuições morais, pretenda formular uma teoria geral da moralidade. Os precedentes específicos são análogos às intuições; o juiz tenta obter um ajuste entre esses precedentes e um conjunto de princípios que possa justificá-los e também justificar decisões posteriores que os extrapolem”

Segundo Dworkin (1999, p. 249), o modelo proposto por Rawls trata as intuições de justiça não como indícios de existência de princípios independentes, mas como linhas estabelecidas de uma teoria geral a ser construída. Isso faz com que os julgadores tenham a responsabilidade de adequar os juízos particulares que servem de base para a ação a um programa coerente de ação. Assim sendo, em cada estágio da decisão, os juízos ponderados irão pesar sobre a teoria a ser desenvolvida, sendo necessários a revisão e os ajustes em alguns deles. (RAWLS, 1999h, p. 288).

O modelo construtivista exige que as decisões tomadas em nome da justiça possam ser justificadas no contexto de uma teoria da justiça. (DWORKIN, 1978, p. 252). Ele exige uma responsabilidade do julgador em adequar seus juízos ponderados coerentes ao modelo e revise, ou abra mão de seus juízos que não são coerentes com uma posição capaz de ser justificada publicamente dentro de uma cultura pública democrática. Nessa perspectiva, o direito é compreendido como uma teia inconsútil, capaz de oferecer resposta a todos os casos, sem ser um catálogo restrito de regras, uma moldura, como propõem os juristas positivistas. (KELSEN, 1998, p. 218). Nessa perspectiva, o Direito não se limita apenas às regras, ao mesmo tempo em que as respostas aos casos difíceis são construídas a partir de uma interpretação coerente do sistema.

O modelo construtivista não contém nenhum ceticismo ou relativismo¹⁶³. Ele pressupõe um tipo de objetividade baseada em razões substantivas concebidas na própria história institucional da comunidade. Esse modelo se ajusta perfeitamente à consideração de um grupo sobre problemas de justiça, possibilitando o desenvolvimento de uma teoria que possa ser justificada publicamente, que possa se firmar como uma teoria da comunidade, sem se vincular a indivíduos particulares. (DWORKIN, 1978, p. 254). Assim sendo, esse modelo permite que mesmo quando não há uma previsão expressa em regras, os juízes sejam aptos a identificar o programa de justiça que melhor se ajusta às convicções da sociedade.

¹⁶³ Conforme Dworkin (2002, p. 253), “o modelo construtivo insiste na coerência com convicção como uma exigência independente, que não decorre do pressuposto de que essas convicções sejam relatos verdadeiros, mas do pressuposto diferente de que é injusto que os funcionários públicos atuem se não for com base numa teoria pública geral que os obrigue à coerência, que lhes forneça um padrão público para testar, discutir ou prever o que fazem, sem permitir que apelem a intuições singulares que poderiam mascarar o preconceito ou o interesse pessoal”.

5.3 O Senso de Justiça como base para um Direito legitimado pelos Valores Constitucionais Democráticos

A possibilidade de contrastar a teoria de Rawls com a discricionariedade jurídica reside basicamente no fato de sua concepção de justiça e Direito girar em torno da relação entre os princípios de justiça, Constituição (acordo fundamental) e regras jurídicas. A justificação coerentista de sua teoria faz com que, na ausência de leis, para o julgamento de um caso concreto, não se abra a possibilidade de o julgador recorrer às suas convicções morais íntimas para tomar uma decisão. A teoria moral de Rawls não se caracteriza como uma ferramenta à disposição do julgador para suprir a ausência de uma determinada regra, nem serve como um quadro para justificar o recurso às suas convicções pessoais. Para Rawls, a moral está institucionalizada no Direito, mais precisamente, no acordo constitucional feito com base nos princípios de justiça.

O modelo de justificação de Rawls apresenta uma perspectiva importante no tratamento de questões jurídicas fundamentais, já que aponta diretrizes para o tratamento de casos difíceis, que trazem por si só a possibilidade de, quando não houver um parâmetro claro de decisão, resultar em consequências extremamente graves para a estabilidade da sociedade. Assim, tal decisão precisa ser justificada através de uma argumentação coerente capaz de ser plenamente reconhecida e aceita por cidadãos razoáveis e racionais. Na descrição do ideal de Razão Pública, Rawls afirma que a sustentação de uma base pública de justificação requer um acordo quanto ao procedimento de discussão coletiva, definindo quais argumentos podem ser utilizados no debate jurídico (RAWLS, 1999g, p. 579).

O liberalismo político de Rawls parece apresentar uma proposta contrária à exclusão total da relação entre Direito e Moral proposta pelo positivismo jurídico¹⁶⁴. Por outro lado, parece ser contrário também a correntes pós-positivistas que acabaram enfraquecendo completamente o Direito ao ampliar a atuação dos tribunais através do uso de conceitos morais, políticos e econômicos. Rawls, ao contrário desses posicionamentos, concebe o Direito como um campo independente da Moral (*freestanding*), determinando critérios

¹⁶⁴ Kelsen (1998, p 77) deixa bem clara essa posição na seguinte passagem: “Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e exclui deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental. Embora as normas jurídicas, como prescrições de *dever-ser*, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito”.

específicos para a discussão pública dos tribunais nos moldes da Razão Pública¹⁶⁵, mas, por outro lado, subordina as instituições sociais e a atividade da Suprema Corte aos princípios gerais de sua teoria moral política, fazendo apelo a uma justificação coerentista embasada no senso moral dos cidadãos. (RAWLS, 1999g, p. 578).

Dessa forma, a teoria de Rawls evita que o Direito seja relativizado pela Moral. Impede a criação de um sistema jurídico no qual a previsibilidade das decisões seja substituída pelos anseios morais particulares de quem decide as questões judiciais. (DIMOULIS, 2007, p. 118). Esse fato violaria claramente a proposta de Rawls apresentada em *Political liberalism*, pois como não existe um critério moral único e verdadeiro o pluralismo moral seria suplantado pelos valores morais pessoais de quem tem o poder de decidir, ou seja, o Poder Judiciário. (RAWLS, 1996, p. 232). A solução dos conflitos não está, portanto, situada livremente no poder de decisão da Corte Superior, pois a tarefa está na justificação da decisão perante cidadãos possuidores de um senso de justiça. Não se exige do julgador que ele seja neutro, mas sim que suas convicções morais subjetivas sejam suspensas por uma prática intersubjetiva no momento da decisão.

Os princípios morais de justiça de Rawls não são extralegais, não estão colocados fora do ordenamento jurídico, pois os mesmos se encontram institucionalizados na Constituição, expressando os valores da comunidade. (RAWLS, 1996, p. 232). Assim, os juízes não podem ser inventivos, afastando-se completamente do que está determinado nesse documento fundamental, por mais que isso lhe pareça correto. Seus juízos devem ser coerentes com todos os preceitos construídos na carta constitucional e com a cultura pública democrática reconhecida pelos cidadãos, elaborando uma moralidade constitucional coerente (DWORKIN, 2006, p.15). Nesse sentido, os preceitos constitucionais refletem os princípios morais que servem como critérios de legitimidade para a atividade dos tribunais.

Apesar de em muitos aspectos Rawls apresentar afinidade com a concepção de Direito como integridade de Ronald Dworkin, este apresenta muitas críticas e indica muitas limitações às ideias de Rawls, afirmando que uma concepção de Direito não pode ser desenvolvida fora de uma doutrina liberal abrangente. Dworkin não aceita a justificação pública de Rawls, acusando-a de ser imparcial em relação às concepções de bem. Nesse sentido, segundo Dworkin (2010, p. 359), Rawls só poderia justificar a prestação jurisdicional

¹⁶⁵ Segundo Rawls (1999b, p. 275; 1996, p. 225), “na justiça como equidade, as diretrizes da razão pública e os princípios de justiça têm essencialmente os mesmos alicerces [...] Não há razão pela qual qualquer cidadão, ou associação de cidadãos, deva ter o direito de usar o poder estatal para decidir sobre os elementos constitucionais essenciais da maneira como manda a doutrina abrangente defendida por essa pessoa ou associação”.

com base em critérios que ninguém pode rejeitar, o que seria insuficiente para satisfazer a integridade do Direito¹⁶⁶.

Dworkin critica o construtivismo político de Rawls atacando, principalmente, a ideia de posição original. Segundo Dworkin, Rawls, em primeiro lugar, exagera na importância dada à posição original em sua teoria, sugerindo que ela seja um ponto de partida axiomático e evidente, fazendo com que tudo gire em torno dela¹⁶⁷. Isso faz com que ela adquira uma força demasiada na teoria da justiça como equidade, concentrando muito tempo do autor na tentativa de demonstrar, por meio de argumentos complexos e não muito pertinentes, que as pessoas, na posição original, escolherão inevitavelmente os princípios de justiça (DWORKIN, 1978, p. 264).

Em segundo lugar, Dworkin afirma que Rawls parece colocar a posição original como a condição que serve de argumento para a construção dos dois princípios de justiça. Porém, essa parece ser uma condição desnecessária, já que a própria existência de um contrato estipulado pelos indivíduos para resolver uma situação de escassez já é um argumento por si mesmo. Assim, Dworkin afirma que a posição original se assenta em verdades morais admitidas. (DWORKIN, 2011, p. 75). Dworkin, portanto, não aceita que o projeto político de Rawls seja moralmente neutro, já que qualquer interpretação de uma tradição política tem de escolher entre concepções muito diferentes daquilo que a tradição incorpora. (DWORKIN, 2011, p. 77). Por fim, o jurista chega a afirmar que o projeto construtivista de Rawls é impossível, pois sem uma teoria moral de base verdadeira, não se sabe qual decisão política ou jurídica tomar¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Dworkin afirma que o Direito é acima de tudo uma prática interpretativa capaz de justificar-se moralmente diante do pluralismo social. Segundo o autor (DWORKIN, 1999, p. 230), “a integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão [...] que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania. A integridade infunde às circunstâncias públicas e privadas o espírito de uma e de outra, interpenetrando-as para o benefício de ambas. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter”.

¹⁶⁷ Segundo Dworkin (2002, p. 242), tal fato pode ser notado no próprio desenvolvimento da ideia de equilíbrio reflexivo, que parece diminuir ainda mais a importância da posição original na teoria da justiça como equidade. Nas palavras do autor: “não está claro como encaixa nesta estrutura a ideia da posição original, nem sequer porque há de desempenhar algum papel nela. A posição original não se encontra entre as convicções políticas que de ordinário temos e para cuja justificação recorreremos ao equilíbrio reflexivo. Se algum papel desempenha, deve ser no processo de justificação, porque tem seu lugar no corpo teórico que construímos com o fim de equilibrar nossas convicções. Porém, se os dois princípios de justiça estão por sua vez em equilíbrio reflexivo com nossas convicções, não está claro por que necessitamos da posição original como suplemento dos dois princípios no lado teórico da balança”.

¹⁶⁸ Segundo Dworkin (2011, p. 77), “qualquer interpretação de uma tradição política tem de escolher entre concepções muito diferentes daquilo que a tradição incorpora – que qualidades ou propriedades devem ter os cidadãos livres e iguais por exemplo -, que fazem parte dos dados brutos da história e da prática. Tem de escolher entre estas, considerar algumas superiores e, assim, fornecer uma justificação mais satisfatória que outras. Se pedirmos aos nove juizes atuais do Supremo Tribunal dos Estados Unidos que descrevam os princípios incorporados na história constitucional norte-americana, receberemos nove respostas diferentes. A questão não é que não se deva idealizar qualquer explicação interpretativa. É claro que se deve. O ponto essencial é que, sem uma teoria moral de base considerada verdadeira, não podemos saber que idealização escolher”.

No fundo, Dworkin diverge sobre como a teoria da justiça como equidade, e como uma concepção de Direito extraída dela articula o pluralismo contingente das sociedades. Para ele, uma comunidade de princípios liberais abrangentes, capaz de gerar obrigações fraternais verdadeiras, é a melhor forma de garantir uma legitimidade da atuação do Estado¹⁶⁹. Existe, portanto, uma continuidade entre Direito e Moral, fazendo com que a interpretação do Direito sempre se origine de uma teoria moral. Assim, o autor afirma categoricamente que a doutrina da razão pública de Rawls não ajuda muito a desenvolver uma concepção de legalidade e de decisão judicial e que a resposta para essas questões estão nos argumentos gerais da teoria de Rawls que a direcionam ao interpretacionismo. (DWORKIN, 2010, p. 359).

Dworkin afirma expressamente que não quer dizer que a argumentação a favor do interpretacionismo que formula com base em Rawls seja condizente com seus próprios argumentos a favor dessa concepção. Como afirma o autor. (DWORKIN, 2010, p. 403),

pretendo apenas mostrar a pertinência da obra de Rawls a respeito dessa questão crucial da teoria do Direito. Contudo, pelo menos em uma interpretação da estrutura básica da argumentação que Rawls extraiu da posição original, seus argumentos não são, e fato, muito diferentes dos meus. Acredito que a integridade exprime a concepção correta da igualdade e da cidadania: os princípios aplicados a uma pessoa devem ser aplicados às outras, a menos que claramente determinado de outra forma pelas instituições competentes. Em minha opinião, uma certa ideia desse tipo de igualdade oferece pelo menos parte do conjunto de ideias com as quais se entende mais claramente o que a estratégia heurística da posição original delinea e aplica. Porém, na nota 19 de seu artigo *Justice as fairness: political not metaphysical*, Rawls examina e rejeita minha interpretação.

Essa afirmação de Dworkin é fundamental para a análise do modelo de atividade jurisdicional que pode ser extraído da teoria da justiça como equidade, já que Rawls, ao rejeitar a interpretação do jurista norte-americano, apresenta pontos importantes para salientar questões de seu liberalismo político, capazes de comprovar a importância do senso de justiça na proposta de estabilização social pelas razões corretas¹⁷⁰. Nessa perspectiva, pretende-se

¹⁶⁹ Para Dworkin (2002, p.419), “o governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração”.

¹⁷⁰ Segundo Rawls (2000a, p. 221; 1999e, p. 400), “Dworkin examina varias maneiras de explicar a utilização da posição original numa análise da justiça que invoca a ideia de contrato social. Na última parte de seus estudos, depois de analisar alguns dos aspectos construtivistas da teoria da justiça como equidade e afirmar que se trata de uma concepção baseada nos direitos e não nos deveres ou fins, ele propõe conceber a posição original e o véu de ignorância como proporcionando um modelo da força do direito natural que impele os indivíduos a uma preocupação e a um respeito igual, os quais se exprimem na concepção das instituições políticas que os governam. Ele acha que este direito natural está na base da teoria da justiça como equidade e que a posição original serve de procedimento para verificar quais são os princípios da justiça requeridos por esse direito. É uma sugestão engenhosa, mas não a segui nesse artigo”.

defender que o senso de justiça exerce ainda um papel muito importante no projeto liberal de Rawls e, conseqüentemente, no modelo de Direito que se pode extrair de sua interpretação.

Na citação de *Justice as fairness: political not metaphysical* referida por Dworkin, Rawls analisa algumas das observações do jurista norte-americano, mas também coloca questões importantes referentes à função do senso de justiça na estabilidade social proposta em *Political liberalism*. Segundo Weithman (2010, p. 307), Rawls afirma claramente nessa passagem que sua teoria não é baseada em princípios, mas em uma visão dependente de ideais descrito pelo desenvolvimento psicológico moral expresso em *A theory of justice*. Nesse sentido, pode-se confirmar a tese de que a questão do desenvolvimento moral e da congruência entre o justo e o bem não foi completamente abandonada por Rawls. (WEITHMAN, 2010, p. 210).

A análise detalhada dessa passagem de Rawls possibilita considerar o senso de justiça como uma disposição estabelecida de julgar através dos ideais expressos na fase da moralidade princípios, já que o autor expressa claramente que (RAWLS, 2000a, p. 221; 1999e, p. 400)

Prefiro não considerar a teoria da justiça como equidade como baseada em direitos. Na realidade, a classificação de Dworkin entre doutrinas baseadas nos direitos, nos deveres ou nos fins é demasiado estreita e deixa de lado possibilidades importantes. É por isso que considero que a teoria da justiça como equidade tenta estabelecer uma concepção idealizada de determinadas ideias intuitivas, fundamentais, como as da pessoa como ser livre e igual, de uma sociedade bem ordenada e do papel público de uma concepção da justiça política, e que ela vincula essas ideias à ideia ainda mais fundamental e geral da sociedade como sistema equitativo de cooperação através do tempo, de uma geração a seguinte. Os direitos, os deveres e os fins são apenas elementos desse tipo de concepção idealizada. Assim, a teoria da justiça como equidade está de fato em concepções ou, como Elisabeth Anderson me falou, em ideais, já que essas ideias intuitivas fundamentais refletem ideias implícitas ou latentes na cultura pública de uma sociedade democrática.

Nesse contexto, Rawls afirma que seu procedimento construtivista fornece um modelo da força não do direito natural, mas sim dos elementos essenciais dessas ideias intuitivas fundamentais que precisam os argumentos em favor dos princípios de justiça que aceitamos após reflexão. (RAWLS, 1999e, p. 400). Rawls deixa claro, portanto, que os problemas relativos à estabilidade da sociedade política apresentada em *Political liberalism*, entre eles a legitimidade e segurança das decisões tomadas pela Suprema Corte, podem ser resolvidos com o desenvolvimento de um senso público de justiça e, conseqüentemente, pelas ideias intuitivas fundamentais como a amizade cívica e a reciprocidade. A estabilidade da sociedade política, portanto, pode ser reforçada através da formação de um senso de justiça entre os

membros da sociedade política, determinando que o comprometimento com o ideal político proposto por Rawls faça parte de sua concepção de vida boa.

Segundo Weithman (2010, p. 211), em *Political liberalism*, Rawls, ao defender as correções em sua teoria da justiça como equidade, visando adaptá-la ao fato do pluralismo, define as doutrinas morais abrangentes como concepções sobre o que tem valor na vida humana, como ideais de caráter pessoal que devem orientar a conduta dos cidadãos como um todo. Dessa forma, Rawls não desvincula sua concepção de pessoa do senso de justiça, evidenciando isso em diversas passagens de seus escritos posteriores a *A theory of justice*. O senso de justiça permanece como um elemento importante da concepção política de justiça, sendo descrito agora através de uma psicologia moral razoável que explica a aquisição de um ponto de vista moral político através do reforço e obediência às questões substanciais de justiça explicitadas pelos juízos ponderados em equilíbrio reflexivo amplo.

Assim sendo, as normas morais não se tornam apenas restrições, mas representam a condição de unificar um ponto de vista público compartilhado que ajude a resolver divergências entre os cidadãos. Rawls parece diminuir claramente a sua concepção do campo político, aproximando o consenso sobreposto e o ideal de razão pública de uma concepção liberal, de certa forma, mais abrangente. A concepção política de pessoa não se afasta tão bruscamente do desenvolvimento do senso de justiça expresso em uma psicologia moral razoável. Isso fica evidente em algumas passagens de Rawls nos seus textos posteriores¹⁷¹, nas quais ele relaciona a permanência dos termos justos e equitativos de cooperação social ao aumento de confiança e fortalecimento de sentimentos cívicos compartilhados.

Segundo Weithman (2010, p. 297), as condições necessárias para Rawls resolver o problema da estabilidade não tiveram uma mudança tão brusca de *A theory of justice* para *Political liberalism*, pois a condição de os cidadãos agirem com reciprocidade quando estiverem sobre a regulação de instituições justas em uma sociedade bem ordenada permanece tanto na terceira parte de *A theory of justice*, na questão da congruência entre o bem e o justo, quanto no capítulo que trata do consenso sobreposto em *Political*

¹⁷¹ Em *Political liberalism*, Rawls (1999b, p. 210; 1996, p. 163) condiciona a possibilidade do consenso sobreposto na psicologia moral: “além da capacidade de ter uma concepção de bem, os cidadãos tem a capacidade de aceitar princípios políticos de justiça que sejam razoáveis e o desejo de agir de acordo com tais princípios; b) quando os cidadãos acreditam que as instituições e procedimentos políticos são justos, eles estão dispostos a fazer sua parte naqueles arranjos, quando tem certeza que os outros também farão a parte deles; c) se os outros exibem intenção evidente de fazer a sua parte, as pessoas tendem a aumentar sua confiança neles; d) essa confiança se torna mais forte quando o sucesso dos arranjos é duradouro e (e) a confiança também aumenta a medida que as instituições básicas elaboradas para assegurar nossos interesses fundamentais são mas firmes e voluntariamente reconhecidas”.

*Liberalism*¹⁷². Essas questões evidenciadas por Weithman afastam muitas críticas voltadas para a impossibilidade de realização de um consenso sobreposto e de exigência estrita aos parâmetros da razão pública. Assim sendo, Rawls não parece estar tão distante quanto possa parecer do liberalismo abrangente de Dworkin.

Dessa forma, na questão da atividade da Suprema Corte, sua justificação ocorrerá através do apelo à razão pública, na tentativa de convencer os cidadãos portadores de um senso de justiça compartilhado de legitimidade e de justiça da sua decisão. Agindo dessa forma, o Tribunal superior não se configura em um exercício do poder arbitrário e, além disso, expressa o ideal de reciprocidade presente na sociedade política. Por sua vez, a Constituição não se torna o que a Suprema Corte diz que ela é, mas sim o que os cidadãos decidem na convenção constituinte com base nos ideais intuitivos da pessoa como ser livre e igual, de uma sociedade bem ordenada e do papel público de uma concepção da justiça política. A teoria de Rawls, portanto, impõe aos juízes uma responsabilidade política perante a sociedade, obrigando-os a direcionar sua atuação de acordo com os princípios políticos de justiça adotados pelos cidadãos. Assim sendo, garante-se não só a legitimidade do poder público, como também a justiça do Direito.

¹⁷² Para afastar a objeção de que o consenso sobreposto é utópico, Rawls (2003, p. 279) cita uma psicologia moral do razoável, afirmando que “quando os outros fazem, com intenção manifesta, sua parte em instituições justas e equitativas, os cidadãos tendem a desenvolver confiança nelas. Essa tendência a responder de modo semelhante, a responder à equidade dos outros para conosco com equidade para com eles e assim por diante, é um elemento da psicologia razoável. Na exposição que é feita em Teoria do desenvolvimento em três estágios da moralidade de princípios, as leis psicológicas de cada estágio revelam essa reciprocidade de disposição”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito da presente tese foi verificar a possibilidade de, dentro do quadro teórico de John Rawls, extrair elementos capazes de embasar uma teoria geral do Direito e de delinear a atividade jurisdicional em um contexto democrático. A argumentação de Rawls na terceira parte de *A theory of justice* foi utilizada como o fio condutor para esse objetivo, centralizando o desenvolvimento desse trabalho na questão do senso de justiça e da congruência entre o justo e o bem. Essa postura foi escolhida pelo fato de que foram, principalmente, as razões da insatisfação de Rawls com esse argumento que o levaram posteriormente a reformular a justificativa para a justiça como equidade, culminando no argumento do consenso sobreposto em *Political liberalism*.

A título de uma primeira conclusão, a presente tese definiu que não houve uma modificação significativa no pensamento do autor na transição de *A theory of justice* para *Political liberalism*. O senso de justiça permanece exercendo um papel importante no desenvolvimento da concepção política de Rawls, naquilo que o autor considera a “estabilidade pelas razões corretas”. Essa conclusão permite relacionar diretamente a sociedade bem-ordenada descrita em *Political liberalism* com os princípios de um governo constitucional que articule a lei constitucional e a normatividade com as noções intuitivas de justiça dos cidadãos em equilíbrio reflexivo.

A partir dessa primeira conclusão, a pesquisa partiu em direção à defesa de uma teoria geral do Direito embasada na concepção política de justiça. Com base na epistemologia moral coerentista holística utilizada por Rawls na sua justificação pública da teoria da justiça, concluiu-se que a concepção de Direito interpretada a partir da justiça como equidade, se afasta do positivismo jurídico e do utilitarismo, pois repousa muitos de seus argumentos nos juízos ponderados dos cidadãos em equilíbrio reflexivo amplo. Assim, se destacou a grande importância que o autor concede à democracia constitucional, salientando o caráter de *pré-compromisso* fundamental do qual se reveste a Constituição em Rawls. Aqui se defende que Rawls parece instituir um imperativo constitucional essencial que não permite que o Poder Judiciário, ou qualquer outra instituição política, fique acima do Direito e da justiça.

Rawls apresenta o Poder judiciário como um dos principais elementos de garantia às condições de um sistema justo de cooperação social. O sistema jurídico concebido por Rawls estabelece a forma como os princípios de justiça adentram na vida cotidiana dos cidadãos, fazendo com que os princípios de justiça se façam presentes nas relações interpessoais de forma política. Isso define uma clara relação entre direito e moral bastante diferenciada das

ideias positivistas. Conclui-se, em concordância com o exposto por Ronald Dworkin, que Rawls se aproxima de uma visão interpretativa do Direito, já que exige coerência entre o processo de interpretação e a aplicação das normas com os princípios de justiça concretizados no acordo constitucional.

Além disso, ficou demonstrado que o modelo de Direito embasado em Rawls impede que o juiz substitua a vontade política por atitudes subjetivas. As diretrizes da razão pública fazem com que o sistema jurídico cumpra a função de proteger os direitos e as liberdades básicas dos cidadãos, bem como a estabilidade da sociedade política. Aqui, leva-se para um nível jurídico o papel fundamental exercido pelo equilíbrio reflexivo, ao garantir que o Direito não seja dependente de uma concepção moral abrangente. Porém, como ficou demonstrado, Rawls não defende uma posição relativista quando se trata de analisar uma teoria do Direito, pois três questões fundamentais de sua obra evitam essa situação.

A primeira delas reside no fato de Rawls definir, tanto para o embasamento teórico, como para a aplicação do Direito aos casos concretos, o estágio constitucional como o pilar de sustentação legítimo, pois os direitos e liberdades básicos listados na constituição tem sua origem nos princípios de justiça que, por sua vez, são derivados do senso de justiça dos cidadãos. A segunda é a noção de razão pública, que pode ser tomada como o ponto central capaz de unificar a ideia de senso de justiça e atividade jurisdicional. Ela é o ponto central para que se compreenda corretamente a aplicação dos princípios de justiça e o coerentismo rawlsiano, evidenciando a clara conexão entre o desenvolvimento de um senso de justiça expresso em *A theory of justice* e a estabilidade pelas razões corretas em *Political liberalism*.

A razão pública garante que o papel da Suprema Corte seja legítimo, respeitando a vontade popular concretizada na Constituição democrática, aplicando sua interpretação em consonância com os valores inseridos na sociedade democrática. Os julgadores ficam impedidos de recorrer a critérios subjetivos e discricionários na solução dos casos, garantindo-se o respeito aos valores democráticos. Como ficou demonstrado nessa pesquisa, a razão pública, ao ser interpretada corretamente dentro da perspectiva de justificação proposta por Rawls, afasta a maioria das críticas direcionadas a elas, já que produz debates jurídicos embasados em posições diferentes relativas aos valores jurídicos fundamentais.

A terceira questão está ligada à concepção de objetividade apresentada por Rawls em *Political liberalism*. Ela estabelece uma estrutura pública capaz de fazer com que o processo de argumentação e julgamento seja concebido com base em razões mutuamente reconhecidas. Isso, conforme o demonstrado, afasta a teoria da justiça como equidade de posições metafísicas de moralidade e também de posições relativistas e céticas em relação à

objetividade moral e a possibilidade de se encontrarem respostas adequadas para as questões jurídicas fundamentais. Essa concepção de objetividade proposta por Rawls garante a ausência de protagonismos individuais e de decisões pessoais baseadas exclusivamente na vontade dos detentores do poder. Ao mesmo tempo em que afasta qualquer relativismo ou ceticismo em relação à atividade jurisdicional.

As três questões apresentadas embasam um quadro apto a se atingir um critério de definição na tomada de decisões por parte do sistema jurídico, já que exigem que as decisões tomadas possam ser justificadas no contexto de uma concepção política de justiça. Essa interpretação exige uma responsabilidade do julgador em adequar seus juízos ponderados coerentes a uma posição capaz de ser justificada publicamente dentro de uma cultura pública democrática. Assim, o Direito é compreendido como uma teia inconsútil, capaz de oferecer resposta a todos os casos, sem ser um catálogo restrito de regras.

O sistema jurídico de Rawls, portanto, gira em torno da relação entre os princípios de justiça, os juízos ponderados em equilíbrio reflexivo amplo, a Constituição (acordo fundamental) e as regras jurídicas previstas para a solução dos casos concretos. Em nenhum momento ele abre a possibilidade para que, mesmo diante de um caso sem solução legal, se recorra às convicções íntimas dos membros das instituições jurídicas. Esse é um fator fundamental na proposta de Rawls, já que, na realidade política e jurídica atual, cada vez mais os cidadãos se deparam com decisões judiciais tomadas com base em critérios pessoais e íntimos, fazendo uso apenas de critérios jurídicos para fundamentar decisões sem nenhuma relação de coerência com o pano de fundo democrático e com a história institucional do sistema jurídico.

A presente tese apresenta essa questão, salientando a importância do senso de justiça como elemento da teoria de Rawls capaz de integrar todos esses pontos. Nesse sentido, confirma-se a tese de que a questão do desenvolvimento moral e da congruência entre o justo e o bem não foi completamente abandonada por Rawls. O filósofo norte-americano confirma expressamente isso ao afirmar que a teoria da justiça como equidade estabelece uma concepção idealizada de determinadas ideias intuitivas, fundamentais, tais como as de pessoas como livres e iguais, de sociedade bem ordenada e a respeito do papel público de uma concepção da justiça política, vinculando-as à ideia central de uma sociedade como um sistema equitativo de cooperação através do tempo. Rawls não desvincula sua concepção de pessoa do senso de justiça, evidenciando que ele permanece como um elemento importante da concepção política de justiça.

Os parâmetros da razão pública não se configuram apenas como questões formais aos limites da atuação da Suprema Corte, impondo aos juízes uma responsabilidade política perante a sociedade, obrigando-os a direcionar sua atuação de acordo com os princípios políticos de justiça adotados pelos cidadãos. Rawls propõe claramente uma teoria jurídica construída a partir dos princípios de justiça da própria comunidade e dos próprios indivíduos, afastando suas ideias das simplificações formais que se tornaram rotineiras nos sistemas jurídicos atuais.

Rawls não propõe um modelo formal, autônomo e fechado, sem relação com o meio social. As instituições jurídicas têm a função de se manter responsável perante os princípios da justiça materializados na Constituição e também as ideias intuitivas presentes em uma sociedade democrática. Essa visão holística do direito, proposta por Rawls, garante que as instituições jurídicas produzam decisões coerentes com os juízos ponderados dos cidadãos, com a cultura democrática da sociedade, restringindo as convicções pessoais. Somente dessa forma seria possível falar em uma atuação jurisdicional compatível com uma democracia constitucional construída a partir de uma sociedade plural.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALTABLE, Maria Pillar Gonzáles. Los sentimientos Morales em la teoria contractual de John Rawls, *Agora*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, v. 13, n. 1, p. 131-137, Jan. 1994.
- AUDARD, Catherine. John Rawls e o conceito do político. In: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. XIII-XXXVIII.
- _____. *John Rawls*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2007.
- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BARRY, Brian. *Teorias de la justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1989.
- _____. *La teoría liberal de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- BEARD, Charles Austin. *A suprema corte e a constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CLOTET, Joaquim. *A justiça: abordagens filosóficas*. Porto Alegre: Acadêmica, 1988.
- DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 252, p. 25-43, set./dez. 2009.
- _____. *Democracy and its critics*. New York: Yale University Press, 1991.
- DANIEL, Normam (Org.). *Reading Rawls*. NY: Basic Books, 1975.
- DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2000.
- _____. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Rawls and the law. *Fordham Law Review*, New York, USA, v. 72, n. 5, p. 1387-1405, Jan. 2004.

_____. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza – una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

FELIPE, Sônia T. Julia. A concepção pública de justiça em John Rawls, *Sequência*, Florianópolis, SC, v. 17, n. 33, p. 129-136, dez. 1996.

_____. A relação crítica de Rawls com a filosofia política. *Filósofos*, Florianópolis, SC, v. 4, n. 1, p. 105-123, jan. 1999.

FREEMAN, Samuel (Org.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2001.

_____. Introduction: John Rawls – an overview. In: FREEMAN, Samuel (Org.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2001a.

_____. Congruence and the good of justice. In: FREEMAN, Samuel (Org.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2001b.

_____. *Rawls*. New York: Routledge Philosophers, 2007a.

_____. *Justice and the social contract: essays on rawlsian political philosophy*. New York: Oxford University Press, 2007b.

GALSTON, William A. *Liberal Pluralism*. The implications of value pluralism for political theory and practice. New York: Cambridge University Press, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls's political liberalism, *Journal of Philosophy, New York*, v. 3, n. 92, p. 109-131, Out. 1995.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade de validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

_____. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999

_____. *A inclusão do outro* – estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, 1998.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. Oxford: Clarendon, 1997.

_____. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. Rawls on liberty and its priority. In: DANIELS, Norman (Org.). *Reading Rawls*. critical studies of a theory of justice. Oxford: Basil Blackwell, 1975.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.

_____. *Estudios sobre la teoría do derecho y la justicia*. Barcelona: Editorial Alfa, 1998.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOHLBERG, Lawrence. Development of moral character and moral ideology. In: HOFFMAN, M. L. E.; HOFFMAN, L. W. *Review of child development research*. New York: Russel Sage Foundation, 1964. v. 1.

_____. *Psicologia del desarrollo moral*. Bilbao: Editorial Disclée de Brower S.A, 1992.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

MAFFETTONE, Sebastiano. *Rawls – An introduction*. Cambridge: Polity Press, 2010.

MANDLE, Jon. *Rawls's A Theory of Justice: an introduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MICHELMAN, Frank. Rawls on constitutionalism and constitutional law. In: FREEMAN, Samuel (Org.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2001.

MIKHAIL, John. *Elements of moral cognition: Rawls' linguistic analogy and the cognitive science of moral and legal judgment*. New York: Cambridge University Press, 2011.

NAGEL, Thomas. Rawls and liberalism. In: FREEMAN, Samuel (Org.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2001.

NAVARRO, Emilio Martínez. *Solidaridad liberal. la propuesta de John Rawls*. Granada: Editorial Comares, 1999.

NEDEL, José. *A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. A teoria da justiça de John Rawls: um esboço. In: AGASSIZ, Almeida Filho. *Compêndio de Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 482-515.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state and utopia*. Oxford: Blackwell, 1999.

_____. *Anarquia, estado e utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

O'NEILL, Onora. Constructivism in Rawls and Kant. In: FREEMAN, Samuel (Org.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2001.

ORTS, Adela Cortina. *La ética de la sociedad civil*. Madri: Alauda Anaya, 1994.

_____. La justificación ética del derecho como tarea prioritaria de La filosofía política. Uma discusión desde John Rawls. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, [S.l.], n. 2, p. 129-144, jan. 1985.

PARIJS, Philippe Van. *O que é uma sociedade justa?: introdução à prática da filosofia política*. 1. ed. São Paulo: Ática, 1997.

_____. Difference principles. In: FREEMAN, Samuel (Org.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 2001.

PEGORARO, Olinto Antônio. *Ética é justiça*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

PIAGET, Jean. *O juízo moral na criança*. São Paulo: Summus Editora, 1994.

_____. *Seis estudos de psicologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Estudos sociológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. *A psicologia da criança*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1995.

_____. *Sabedoria e ilusões da filosofia*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1969.

POGGE, Thomas. *John Rawls. His life and theory of justice*. New York: Oxford University Press, 2007.

_____. *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell Univ. Press, 1989.

POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUINTANA, Óscar Mejía. *Justicia y democracia consensual: la teoría neocontratualista em John Rawls*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1996.

_____. (Org.). *Con Rawls y contra Rawls: una aproximación a la filosofía política contemporânea*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999a.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

_____. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 1999b.

_____. *The law of peoples*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999c.

_____. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

_____. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003b.

_____. *Lectures on the history of political philosophy*. Cambridge/Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

_____. *Collected papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999d.

_____. "Justice as fairness: political not metaphysical". In: _____. *Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999e.

_____. A teoria da justiça como equidade: uma teoria política, e não metafísica. In: _____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. Kantian constructivism in moral theory. In: RAWLS, John. *Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999f.

_____. O construtivismo kantiano na teoria moral. In: _____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

_____. Reply to Habermas. In: _____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996a.

_____. The idea of public reason revisited. In: _____. *Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999g.

_____. A ideia de razão pública revisitada. In: _____. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

_____. The independence of moral theory. In: _____. *Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999h.

_____. The sense of justice. In: RAWLS, John. *Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999i.

_____. The Idea of an overlapping consensus. In: _____. *Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999j.

_____. A ideia de um consenso por justaposição. In: _____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000c.

_____. The domain of the political and overlapping consensus. In: _____. *Collected Papers*. Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1999l.

_____. A estrutura básica como objeto. In: _____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000d.

RICOUER, Paul. *O Justo ou essência da justiça*. Lisboa: Piaget, 1997.

ROMERO, Maria Jose Agra. *John Rawls: El sentido de justicia en una sociedad democratica*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1985.

RORTY, Richard. *Objectivity, relativism and truth: philosophical papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. v. 1.

ROUSSEAU, Jean- Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. *Emílio ou da educação*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1998.

SILVEIRA, Denis Coitinho. A justificação por consenso sobreposto em John Rawls. *Philosophos – Revista de Filosofia*, Goiás, v. 12, n. 1, p. 11-37, 2007.

_____. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. *Revista Filosofia Unisinos*, São Leopoldo, v. 10, n. 1, p. 65-78, jan./abr. 2009.

_____. Construtivismo político: além do realismo e antirrealismo. *Ethic@*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 63-78, 2011.

_____. Posição original e equilíbrio reflexivo em John Rawls: o problema da justificação. *Trans/Form/Ação*. São Paulo, v.32, n. 1, p.139-157, 2009.

- TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. New York: New York Foundation Press, 2000.
- TRIVERS, Robert. The evolution of reciprocal altruism. *The Quarterly Review of Biology*, New York, v. 46, n. 1, p. 35-57, Mar. 1971.
- TUGENDHAT, Ernst. *Problemas de la ética*. Barcelona: Crítica, 1988.
- TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Oxford: Princeton University Press, 2003.
- VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Editora UNESP, 2000.
- _____. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. A tarefa prática da filosofia política em John Rawls. *Lua Nova: cultura e política*, São Paulo, n. 25, p. 5-24, jul.1992.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEITHMAN, Paul. *Why political liberalism? On John Rawls's political turn*. New York, Oxford University Press, 2010.
- WOLFF, Robert Paul. *Understanding Rawls*. Princeton: Princeton University Press, 1977.
- ZAMBRANO, Pilar. La razón pública en Rawls. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, Universidade da Coruña, n. 5, p. 871-883, marzo. 2001.