

IGOR ASCARELLI CASTRO DE ANDRADE

**A RELAÇÃO ENTRE A CONSTITUIÇÃO DO LIBERALISMO POLÍTICO E
AS DESIGUALDADES SOCIAIS E ECONOMICAS EM JOHN RAWLS: A
QUESTÃO DO DIREITO A UM MÍNIMO SOCIAL E DO PRINCÍPIO DA
DIFERENÇA COMO DIREITOS CONSTITUCIONAIS**

Brasília – DF
2015

IGOR ASCARELLI CASTRO DE ANDRADE

**A RELAÇÃO ENTRE A CONSTITUIÇÃO DO LIBERALISMO POLÍTICO E
AS DESIGUALDADES SOCIAIS E ECONOMICAS EM JOHN RAWLS: A
QUESTÃO DO DIREITO A UM MÍNIMO SOCIAL E DO PRINCÍPIO DA
DIFERENÇA COMO DIREITOS CONSTITUCIONAIS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito final de conclusão de curso e de obtenção do título de doutor.

Professor orientador: Dr. Valcir Gassen –
Universidade de Brasília.

Brasília – DF
2015



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
DOUTORADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

Tese de autoria de Igor Ascarelli Castro de Andrade intitulada *A relação entre a constituição do liberalismo político e as desigualdades sociais e econômicas em John Rawls: a questão do direito a um mínimo social e do princípio da diferença como direitos constitucionais*. Tese defendida e aprovada como requisito final de conclusão do curso de Doutorado em Direito, Estado e Constituição do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília. Banca examinadora:

Prof. Dr. Valcir Gassen – FD/UnB – Professor Orientador

Prof. Dr.^a Cláudia Rosane Roesler – FD/UnB – Professor Examinador

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto – FD/UnB – Professor Examinador

Prof. Dr. Marcos Aurélio Pereira Valadão – UCB – Professor Examinador

Prof. Dr. Néviton de Oliveira Batista Guedes – UniCEUB – Professor Examinador

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Estado e Constituição
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Brasília (DF), 09 de abril de 2015

A Maria de Lourdes Castro de Andrade, in memoriam.
A José Ferreira de Andrade.
A Andrezza Brandão Barbosa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desta tese. Primeiramente, agradeço a Deus, Autor da existência. Agradeço de forma especial a minha mãe, Maria de Lourdes Castro de Andrade, e a meu pai, José Ferreira de Andrade, pelo amor e pela dedicação. Sou especialmente grato a Andrezza Brandão Barbosa, esposa querida, lírio das Gerais, pelo amor e pelo apoio nos momentos difíceis. Dirijo agradecimentos carinhosos a meus irmãos Fernanda Ferreira de Andrade e Afonso Éris Ferreira de Andrade e à sua mãe, Maria Andrea Fernandes, pelo apoio de sempre e pelos momentos em família. Sou muito grato a D. Angelina Brandão Barbosa e a Sr. Benedito Alves Barbosa pelo incentivo. Agradeço às famílias materna e paterna, bem como à família de minha esposa. Sou imensamente grato ao professor Valcir Gassen pelos ensinamentos e pela confiança depositada neste seu orientando. Reitero meus agradecimentos à CAPES [Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior] pela bolsa de estudos, sem a qual esta tese não teria sido possível. Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em especial aos professores Argemiro Cardoso Moreira Martins, Cláudia Rosane Roesler, George Rodrigo Bandeira Galindo, Gilmar Ferreira Mendes, Juliano Zaiden Benvindo, Marcus Faro de Castro e Menelick de Carvalho Netto pelas aulas e pela convivência salutar. Registro meus agradecimentos às servidoras e aos servidores da Universidade de Brasília. Registro também meus agradecimentos às professoras e professores, às servidoras e servidores da Universidade Federal da Paraíba, do Centro Universitário de João Pessoa e da Universidade Federal de Minas Gerais que de algum modo contribuíram para a realização deste percurso. Aos alunos e alunas, aos colegas e colegas, e aos amigos e amigas de todas as épocas, meus sinceros agradecimentos.

“A base de um estado democrático é a liberdade; que, de acordo com a opinião comum dos homens, só pode ser usufruída em tal estado; essa eles afirmam ser a grande finalidade de toda democracia”.
(Aristóteles, *Política*, Livro VI, Capítulo II, 1317a – 1317b)

RESUMO

Trata-se de tese de doutorado em direito, estado e constituição. Faz uma relação entre filosofia e direito constitucional. Tem como objetivo geral estudar como uma constituição se relaciona com normas relevantes que estruturam a divisão dos ônus e dos bônus da cooperação social no pensamento de John Rawls. Tem como objetivos específicos: apresentar a teoria da justiça como equidade; descrever a constituição da justiça como equidade; analisar a constituição do liberalismo político; apresentar o princípio da diferença e analisar o direito a um mínimo social como um direito inerente à constituição. O problema consiste em saber por que o princípio da diferença não é uma parte integrante dos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls ao passo que o direito a um mínimo social é parte integrante desses elementos. A hipótese é a de que o princípio da diferença e o direito a um mínimo social possam ser considerados como elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls. Essa hipótese parece não ter sido suficientemente testada até o momento e as justificativas que a sustentam também parecem não serem suficientemente claras diante do contexto mais amplo das obras do autor. Emprega como técnica de pesquisa a documentação indireta, isto é, a documentação feita por meio da pesquisa documental (fontes primárias) e da pesquisa bibliográfica (fontes secundárias), com ênfase dada à pesquisa documental. Em função do objeto estudado, as fontes escritas por Rawls são consideradas fontes primárias, ao passo que as fontes escritas pelos autores a respeito de Rawls e as demais fontes são consideradas fontes secundárias. Em razão da preocupação com a preservação da complexidade do processo de interpretação, não há emprego de métodos heurísticos. A metodologia empregada é a argumentação. Desse modo, o teste da hipótese de trabalho foi feito por meio de dois critérios: (1) o critério da vinculação entre o direito a um mínimo social e o princípio da diferença e (2) o critério de essencialidade, correspondente aos critérios da distinção entre princípios que abrangem direitos e liberdades fundamentais e princípios concernentes às desigualdades sociais e econômicas. Com base nas descrições da constituição da teoria original da justiça como equidade e da constituição do liberalismo político descrito por Rawls, compreende-se por que os critérios da urgência, da verificação, da concordância e da diferença entre os papéis da estrutura básica não permitem a inclusão do princípio da diferença como elemento constitucional essencial do liberalismo político. Ainda com base nessas descrições, compreende-se por que o critério de vinculação entre o direito a um mínimo social e o princípio da diferença mantém a plausibilidade de o princípio da diferença ser aceito por uma sociedade politicamente liberal como uma questão fundamental da razão pública, mas não como um elemento constitucional essencial do liberalismo político. A hipótese de trabalho se confirma em parte. Em termos práticos, a confirmação parcial da hipótese significa a possibilidade de qualquer pessoa solicitar e receber do estado a remuneração correspondente ao mínimo social com fundamento constitucional, observado o critério de razoabilidade do valor estabelecido e observado o direito de imigração nos casos aplicáveis, independentemente de o direito a um mínimo social constar por escrito na constituição.

Palavras-chaves: constituição, mínimo social, princípio da diferença, liberalismo político, justiça como equidade, John Rawls.

ABSTRACT

It is a doctoral thesis in law, state, and constitution. It makes a relationship between philosophy and constitutional law. This doctoral thesis has as a general aim studying how a constitution is related to relevant norms framing the sharing of burdens and benefits of social cooperation in the thought of John Rawls. It has as particular aims introducing the theory of justice as fairness, describing the constitution in justice as fairness, analyzing the constitution in political liberalism, presenting the difference principle, and analyzing the right to a social minimum as a right inherent to the constitution. The problem is to know the reason why the difference principle is not a constitutional essential of political liberalism as described by Rawls, whilst the right to a social minimum is such an essential. The hypothesis is that the difference principle and the right to a social minimum can both be taken as constitutional essentials of political liberalism as described by Rawls. This hypothesis seem having been tested enough so far and the justifications holding it seem either not clear enough against the wider context of the authors' works. It makes use as a research technique the indirect documentation, that is, the documentation made by documental research (primary sources) and by bibliographic research (secondary sources), with emphasis on documental research. Taking into consideration the subject matter, the sources written by Rawls are taken as primary sources, whilst the sources written by other authors on Rawls are taken as secondary sources. Due to the concern in preserving the complexity of the interpretation process, there is no use of heuristic methods. The methodology employed is argumentation. In this way, the test of the hypothesis was made by means of two criteria: (1) the criterion of the attachment between the right of a social minimum and the difference principle, and (2) the essentiality criterion, corresponding to the criteria of the distinction between the principles related to the basic rights and liberties and the principles related to the social and economic inequalities. Based on the account of the constitution in the original theory of justice as fairness and on the account of the constitution in political liberalism as described by Rawls, one understands why the criterions of urgency, of verifiability, of agreement, and of the difference between the roles of the basic structure do not allow the inclusion of the difference principle as a constitutional essential of political liberalism. Still based on these accounts, one understands why the criterion of the attachment between the right of a social minimum and the difference principle keeps the plausibility of the difference principle being accepted by a politically liberal society as a basic matter of public reason, but not as a constitutional essential of political liberalism. The hypothesis is in part confirmed. In practical terms, the partial confirmation of the hypothesis means the possibility of any person ask and receive from the state the revenue corresponding to the social minimum with constitutional ground, in accordance with the criterion of reasonableness of the established value and in accordance with the right of immigration in due cases, in spite of the right of a social minimum being written in the constitution.

Key-words: constitution, social minimum, difference principle, political liberalism, justice as fairness, John Rawls.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A concepção da justiça como equidade.....	29
1.1 Elucidando a denominação da teoria.....	30
1.2 A constituição como parte da estrutura básica da sociedade.....	32
1.3 Como os princípios que regem a estrutura básica são acordados na posição original	35
1.3.1 A forma intuitiva do raciocínio que leva aos dois princípios da justiça.....	36
1.3.2 A forma sistemática do raciocínio que leva aos dois princípios da justiça: a analogia a ou a relação com a regra de escolha maximin em situação de incerteza	45
1.4 A convenção constitucional: estágio seguinte à escolha dos princípios de justiça ..	54
2 A constituição na justiça como equidade	59
2.1 O procedimento justo: a noção de justiça procedimental.....	60
2.2 O critério independente: a liberdade igual e sua prioridade	66
2.2.1 O conceito de liberdade	67
2.2.2 O conceito de liberdade igual	68
2.2.3 O fundamento da constituição: a prioridade da liberdade igual	75
2.2.3.1 Recordando a ideia intuitiva.....	78
2.2.3.2 A razão da relativização dos interesses no curso geral da civilização.....	79
2.2.3.3 A razão da liberdade de consciência e de pensamento	80
2.2.3.4 A razão do valor do bem primário do autorrespeito.....	84
2.2.3.5 A razão da impossibilidade de estabilidade social por meio da igualdade econômica e social: razão de fundamento da constituição e razão adicional da divisão da estrutura básica	90
2.2.4 A constituição e sua relação com as questões sociais e econômicas: a liberdade e o valor da liberdade	94
2.2.5 A liberdade igual na constituição: a liberdade de participação	101
2.2.6 A liberdade de participação e o valor da liberdade de participação	110
2.3 Ainda o critério independente: a provável efetividade da constituição como inerente à liberdade igual e à participação igual	116
2.4 A justiça como equidade e sua teoria da constituição	122
3 A constituição no liberalismo político.....	127
3.1 O problema estabilidade: um ponto de partida para o liberalismo político.....	128
3.2 As bases do liberalismo político.....	143
3.2.1 O consenso por sobreposição ou consenso sobreposto [<i>overlapping consensus</i>]	152
3.2.2 A ideia de razão pública	177
3.3 Os elementos constitucionais essenciais do liberalismo político: uma descrição ..	188
3.4 A constituição do liberalismo político em comparação com a constituição da justiça como equidade.....	196
4 As questões de justiça básica e o mínimo social: enigma dos elementos essenciais da constituição.....	202
4.1 O princípio da diferença e as demais questões de justiça básica em Rawls.....	203
4.2 Primeira aproximação.....	203
4.3 Segunda aproximação.....	206
4.3.1 Interpretação da liberdade natural	207
4.3.1.1 A eficiência.....	208

4.3.1.2 Igualdade formal de oportunidade [<i>la carrière ouverte aux talents</i>].....	216
4.3.1.3 A interpretação da liberdade natural quanto aos dois princípios.....	217
4.3.2 Interpretação da igualdade liberal.....	221
4.3.2.1 Igualdade equitativa de oportunidade [<i>fair equality of opportunity</i>].....	221
4.3.2.2 A interpretação da igualdade liberal quanto aos dois princípios	223
4.3.3 Interpretação da aristocracia natural	226
4.3.3.1 O ideal aristocrático.....	226
4.3.3.2 A interpretação da aristocracia natural quanto aos dois princípios	230
4.3.4 Interpretação da igualdade democrática	232
4.3.4.1 O princípio da diferença	234
4.3.4.2 As contribuições marginais ao princípio da diferença: três esquemas distributivos	235
4.3.2.4.3 A relação entre o princípio da diferença e o princípio da eficiência	237
4.3.4.4 O princípio da diferença como interpretação de “para a vantagem de todos” ou o sentido do princípio da diferença.....	238
4.4 Terceira aproximação	246
4.4.1 Instituições de fundo da justiça distributiva ou um arranjo institucional ideal e não vinculante que atende exemplificativamente ao segundo princípio	246
4.4.2 O princípio da poupança justa	249
4.4.3 A regra de prioridade e a enunciação final dos princípios da justiça	255
5. O direito a um mínimo social em Rawls	264
5.1. O mínimo social na justiça como equidade	264
5.1.1 O mínimo social como parte de um arranjo institucional.....	265
5.1.2 O mínimo social: instituição de fundo [<i>background institution</i>] de um arranjo institucional e atribuição do setor de transferência	267
5.1.3 O nível do valor do mínimo social	286
5.1.4 O nível do valor do mínimo social no curso civilizacional	291
5.2 O mínimo social no liberalismo político	297
5.2.1 O mínimo social e a ideia de elementos constitucionais essenciais	300
5.2.2 Uma solução aos dois enigmas dos elementos constitucionais essenciais	307
5.3 O mínimo social como direito fundamental da constituição do liberalismo político	325
CONCLUSÃO.....	331
REFERÊNCIAS	337

INTRODUÇÃO

A concepção de constituição e a concepção de normas que estruturam a divisão de ônus e bônus advindos da cooperação social são descritas, por vezes, por meio de uma terminologia específica no pensamento de Rawls. Em sua descrição do liberalismo político¹, a constituição é analisada em termos de *elementos constitucionais essenciais*. Os elementos constitucionais essenciais do liberalismo político são normas que possuem função inequivocamente constitucional. Eles são de dois tipos: (1) os elementos ou as normas que estabelecem a estrutura geral do Estado e do processo político e (2) os elementos ou as normas que estabelecem os direitos e liberdades fundamentais². A constituição assim descrita parece estar de acordo com o que se espera do liberalismo político em sentido amplo e não parece suscitar nenhum interesse adicional senão o do conhecimento dos próprios componentes constitucionais indispensáveis³.

Entre os elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls, são estudados os que estabelecem direitos e liberdades fundamentais. Rawls procura descrever que normas são abarcadas e que normas não são abarcadas no conjunto dos direitos e liberdades fundamentais. Entre as normas não abarcadas, estão alguns princípios relativos às desigualdades sociais e econômicas. O liberalismo político não abarca entre os direitos e liberdades fundamentais, de acordo com essa descrição, princípios como o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença, embora ele considere como essenciais o princípio da liberdade de movimento, o princípio da livre escolha de ocupação e um mínimo social relativo às necessidades básicas dos cidadãos⁴.

O não-pertencimento do princípio da diferença ao conjunto dos elementos que estabelecem direitos e liberdades fundamentais e o pertencimento de um direito a um

¹ John Rawls, 2005; *id.*, 2000b.

² John Rawls, 2005, p. 227; *id.*, 2000b, p. 277.

³ O art. 16 da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* [Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão], uma das declarações importantes do liberalismo político clássico, registra os elementos caracterizadores e indispensáveis de uma constituição. Cf. Maurizio Fioravanti, 1999, p. 112.

⁴ John Rawls, 2005, p. 230; *id.*, 2000b, p. 280.

mínimo social que abarque as necessidades básicas dos cidadãos a esse mesmo conjunto chamam a atenção. O princípio da diferença faz parte de uma concepção de justiça social representativa do liberalismo da segunda metade do século vinte e sua não-inclusão na descrição do que então se poderia compreender como liberalismo poderia ser visto como um problema da descrição. Essa interpretação é possível em função de essa descrição do liberalismo político ser elaborada pelo mesmo autor da teoria da justiça como equidade. Mesmo na reformulação da teoria da justiça como equidade, o princípio da diferença não é considerado como uma parte dos elementos constitucionais essenciais, embora o direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos continue sendo considerado como parte essencial da constituição liberal⁵.

Em termos mais genéricos, o problema que surge consiste em saber se há ou se não há, nisso, uma contradição. O problema abordado pode ser colocado em termos mais precisos e de forma mais analítica. A questão consiste em saber, com base nas justificativas⁶ oferecidas por Rawls em sua descrição do liberalismo político, por que o princípio da diferença não é considerado como elemento constitucional essencial do liberalismo político descrito por ele e, em seguida, por que o direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas das cidadãs e cidadãos poderia compor a concepção de direitos e liberdades fundamentais do liberalismo político descrito por Rawls. Em termos mais precisos e de forma mais sintética, o problema consiste em saber por que o princípio da diferença não é uma parte integrante dos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls ao passo que o direito a um mínimo social é parte integrante desses elementos.

O modo de formulação do problema permite entrever a hipótese deste trabalho. A hipótese é a de que o princípio da diferença e o direito a um mínimo social possam ser considerados como elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls. Faz-se necessário observar que essa hipótese parece não ter sido suficientemente testada até o momento e que as justificativas que a sustentam também parecem não serem suficientemente claras diante do contexto mais amplo das obras do

⁵ John Rawls, 2001, p. 48.

⁶ John Rawls, 2005, p. 227-230; *id.*, 2000b, p. 277-281.

autor. Primeiro, o autor apresenta justificativas contra a inclusão do princípio da diferença e a favor da inclusão do direito a um mínimo social entre os elementos constitucionais essenciais *muito sucintamente*⁷ em meio a um acervo de escritos que abrangem obras reconhecidas por ele mesmo como extensas e complexas⁸. Segundo, elas não encontram respaldo na solução proposta por autores que estudam a questão constitucional em Rawls, como Lawrence Gene Sager⁹ e Frank Isaac Michelman¹⁰. Eles estão, possivelmente, entre os primeiros autores a debater sobre os elementos constitucionais essenciais; a relação entre o pensamento de Rawls e o direito parece ter sido debatida pela primeira vez por teóricos da constituição e teóricos do direito num simpósio realizado apenas poucos meses depois do falecimento do autor¹¹. As colocações de Sager e de Michelman certamente respaldam a colocação do problema. O teor da solução proposta pode diferir do teor das soluções que eles propõem para essa questão e avançar na compreensão das razões apresentadas pelo autor.

Em relação às expectativas que se possa ter sobre o conteúdo das páginas que se seguem, talvez seja necessário fazer alguma consideração a respeito de sua característica de tese. Uma tese pode ser definida como um documento que representa o resultado de um trabalho experimental ou de um estudo científico de tema único e bem delimitado, que deve ser elaborado com base em investigação original, de forma que esse documento se constitua em contribuição real para sua especialidade¹². Além disso, a elaboração desse documento precisa ser orientada por um doutor e ser realizada com vistas à obtenção do título de doutor ou de título similar¹³. Sua caracterização externa se relaciona, portanto, à titulação do orientador e à finalidade da realização como tese, ao passo que sua caracterização interna se relaciona a três fatores: à cientificidade do estudo, à unicidade e delimitação do tema e à originalidade de sua investigação, no sentido de que ela se constitua em contribuição real para sua especialidade. A cientificidade do estudo será abordada ainda nesta introdução. A unicidade e a delimitação do tema parecem estar demonstradas por meio da especificidade do

⁷ John Rawls, 2005, p. 227-230; *id.*, 2000b, p. 277-281.

⁸ John Rawls, 2001, p. xv-xvi. Rawls se refere a “Uma teoria da justiça” [*A theory of justice*].

⁹ Lawrence Gene Sager, 2004, p. 1421-1433.

¹⁰ Frank Isaac Michelman, 2004, p. 1407-1420.

¹¹ William Michael Treanor, 2004, p. 1385-1386.

¹² Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2011, p. 4.

¹³ Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2011, p. 4. Sônia Vieira, 2001, p. 8.

problema. A questão, no momento, é a de saber se este documento é elaborado com base em uma investigação original, de forma que ele se constitua em contribuição real para sua especialidade.

A originalidade de uma investigação nesses termos é considerada um aspecto envolvido na definição de *tese*¹⁴. Isso pode ser mais bem compreendido por meio da recuperação da definição de *dissertação*. Uma dissertação pode ser definida como um documento que representa o resultado de um trabalho experimental ou de um estudo científico retrospectivo, que tem por objetivo reunir, analisar e interpretar informações, no sentido de evidenciar o conhecimento de literatura existente sobre o assunto e a capacidade de sistematização de seu autor¹⁵. Além disso, a elaboração desse documento precisa ser orientada por um doutor e ser realizada com vistas à obtenção do título de mestre pelo autor¹⁶. Uma dissertação tem uma contribuição a oferecer, mas essa contribuição consiste na sistematização do conhecimento existente sobre determinado assunto. A dissertação tem uma finalidade retrospectiva. Uma tese faz uso do conhecimento existente e de sua sistematização para, por assim dizer, dar um passo adiante, no sentido de apresentar um resultado que antes não era conhecido pela comunidade científica ou pela comunidade de estudiosos especializados. A tese tem uma finalidade prospectiva. Essa prospecção é relativa: embora toda tese represente um real avanço para o conhecimento, toda tese representa uma contribuição de alguma importância prospectiva para os interessados no tema abordado por ela¹⁷. *O teste da interpretação de que o princípio da diferença não possa ser considerado e de que o direito a um mínimo social possa ser considerado como um direito pertencente ao conjunto dos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls pode ser visto como uma expressão de certa dimensão prospectiva entre as análises de sua obra e entre os estudos sobre direito constitucional e filosofia do direito.* Essa interpretação, se confirmada, não se pretenderia correta em detrimento das demais, mas ela possuiria

¹⁴ Umberto Eco, 2009, p. 2. Sônia Viera, 2001, p. 12. A autora observa que uma tese tem três características cumuladas. Ela deve ser original, importante e viável. A originalidade se relaciona ao fato de ela tratar de um assunto não estudado e de ela ter capacidade para surpreender. A importância se relaciona especialmente ao fato de ser considerada importante por quem tem importância na área de conhecimento respectiva. A viabilidade se relaciona aos prazos e aos recursos disponíveis.

¹⁵ Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2011, p. 2.

¹⁶ Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2011, p. 2.

¹⁷ Sônia Viera, 2001, p. 99.

razões suficientemente bem estruturadas para torná-la plausível entre as demais interpretações.

A caracterização científica do estudo é outro aspecto envolvido na definição de tese. A ciência pode ser entendida como um conjunto de atitudes e de atividades racionais que visam a um conhecimento *sistemático e limitado* e cujos procedimentos e resultados são passíveis de *verificação*¹⁸. Aquilo que a ciência pretende conhecer é seu objeto de estudo. Como foi dito anteriormente, o objeto de estudo em questão é a relação entre normas sociais e econômicas (o princípio da diferença e o direito a um mínimo social como pontos de interesse, embora a igualdade equitativa de oportunidade também seja abordada) e normas de direito fundamental (o segundo tipo de elementos constitucionais essenciais na definição de Rawls). Não só o princípio da diferença e o direito a um mínimo social são linguagem, mas normas de direito fundamental são linguagem, assim como a relação entre eles é linguagem. Este estudo também tem essa dimensão de linguagem. É possível entender a relação entre este estudo e seu objeto como uma relação linguística. Sob essa óptica, é possível redefinir ciência como *uma linguagem racional que visa ao conhecimento sistemático e limitado de outra linguagem e cujos procedimentos e resultados são passíveis de verificação*. Nesse sentido, este estudo é um estudo científico¹⁹.

A definição de tese como um estudo científico e a redefinição de ciência como uma linguagem relacionada a um conhecimento passível de verificação formam uma combinação que, por um lado, pressupõe a distinção entre sujeito e objeto, e que, por outro lado, redefine a relação entre sujeito e objeto como relação linguística. Isso suscita várias discussões. A ciência redefinida em termos de linguagem envolve uma discussão sobre interpretação. Com efeito, toda forma de conhecimento envolve linguagem e linguagem envolve interpretação. A abordagem do objeto tem como pressuposto a relevância da dimensão interpretativa do conhecimento. Em sendo um conhecimento

¹⁸ Alfonso Trujillo Ferrari, 1982, p. 2. Marina de Andrade Marconi; Eva Maria Lakatos, 2003, p. 80.

¹⁹ Umberto Eco, 2009, p. 20-24. Umberto Eco observa que a cientificidade requerida para a caracterização de uma tese é interpretada em sentido amplo, compreendendo o fato de o estudo se voltar para um objeto reconhecível pelos outros, dizer algo que ainda não foi dito ou rever sob uma óptica diferente o que já foi dito, ser útil aos demais e fornecer elementos para a verificação das hipóteses que apresenta. Esse sentido amplo permite a realização de pesquisas sobre temas como a moral em Aristóteles e como a consciência de classe nos levantes camponeses na época da reforma protestante.

interpretativo, a experiência envolvida no processo de estudo do objeto ultrapassa o controle da metodologia científica vista de forma heurística²⁰. Proceder à interpretação do objeto estudado com base em verificações heurísticas é um problema para todas as formas de conhecimento. O caso das ciências humanas e sociais, inclusive o da filosofia, não é diferente. Ele conta com a característica adicional, embora não exclusiva, de contiguidade entre sujeito e objeto: o objeto estudado é referido ao sujeito²¹. Neste trabalho, o estudo da pertinência do princípio da diferença e do direito a um mínimo social ao conjunto dos direitos e liberdades fundamentais do liberalismo político é um estudo interpretativo. Seus enunciados possuem um compromisso com a verificação, mas ultrapassam-no, no sentido de que têm um compromisso com a preservação da complexidade da interpretação, evitando, assim, a adoção apriorística de um método específico. Também desse modo, este texto certamente atende ao requisito de cientificidade de uma tese.

Esse entendimento de cientificidade é compatível com a construção de uma tese como esta, que lida com conhecimento jurídico. A característica predominantemente zetética²² deste estudo deve ser vista como uma ênfase da compreensão do fenômeno jurídico que não minimiza a importância da dimensão dogmática. Entender o conhecimento jurídico como uma relação entre zetética e dogmática, com possibilidade de ênfase em uma delas, reflete uma tendência da produção do conhecimento. Trata-se de um aprofundamento da reaproximação entre conhecimento científico e conhecimento filosófico havido no início do século vinte²³ e consolidado em termos de reconhecimento de sua interdependência.

²⁰ Hans-Georg Gadamer, 2002, p. 31-36 (1-5), especialmente p. 31.

²¹ Wilhelm Dilthey, 1949, p. 13-21; *id.*, 1968, p. 242-258.

²² Tércio Sampaio Ferraz Júnior, 2007, p. 39-51. Cláudia Rosane Roesler, 2004, p. 53-82. Theodor Viehweg elabora a distinção entre zetética e dogmática em 1968 num artigo intitulado “Problemas sistêmicos na dogmática jurídica e na pesquisa jurídica” [*Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*] que pode ser encontrado na coletânea “Filosofia do direito e teoria retórica do direito” [*Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie: Gesammelte Kleine Schriften*]. Cf. Cláudia Rosane Roesler, 2004, p. 53.

²³ Alfonso Trujillo Ferrari, 1982, p. 12-13. Com efeito, a teoria da relatividade foi uma das primeiras a suscitar essa reunião. Arrhenius observa, no início de seu discurso de apresentação de Albert Einstein como vencedor do Prêmio Nobel de Física de 1921, que a teoria da relatividade pertence essencialmente à epistemologia, parte da filosofia que estuda a possibilidade de conhecimento. Cf. Svante August Arrhenius, 1967.

Feitas as considerações a respeito do problema, da hipótese trabalho e da característica de tese deste trabalho, penso ser o momento de passarmos à especificação do objeto estudado, dos objetivos e da metodologia. O objeto de estudo é a relação entre normas sociais e econômicas (o princípio da diferença e o direito a um mínimo social) e normas de direito fundamental (o segundo tipo de elementos constitucionais essenciais na definição de Rawls). Em relação a esse objeto, o objetivo geral consiste em estudar como uma constituição se relaciona com normas relevantes que estruturam a divisão dos ônus e dos bônus da cooperação social no pensamento de John Rawls. Procura-se estudar tanto a constituição do liberalismo político descrito por esse autor, quanto sua relação com uma das normas que organizam a divisão dos ônus e bônus da cooperação social de acordo com sua teoria: o princípio da diferença e o direito a um mínimo social. Isso não significa nem que outros autores sejam não estudados com vistas a compreender essa descrição, nem que outras normas não sejam consideradas. Isso significa que outros autores e as demais normas são estudadas com vistas a compreender a relação desse princípio com a constituição do liberalismo político interpretado nos termos de Rawls. Se, em termos gerais, o objetivo é estudar a relação entre uma dimensão da constituição com uma dimensão da justiça distributiva *lato sensu* no pensamento de Rawls, em termos específicos, os objetivos são apresentar a teoria da justiça como equidade, descrever a constituição da justiça como equidade; descrever a constituição do liberalismo político, analisar o princípio da diferença e estudar o direito a um mínimo social como um direito inerente à constituição e testar, em meio a esses estudos, a possibilidade de que o princípio da diferença e o direito a um mínimo social sejam vistos como direitos fundamentais no liberalismo político.

Surge, agora, a questão de saber que metodologia é empregada na abordagem do objeto e na consecução dos objetivos. A esse respeito, inicio dizendo que há uma preocupação com a precisão da linguagem em termos de verificação²⁴, não obstante os conceitos terem sua precisão comprometida em função de sua *porosidade* ou *textura aberta*²⁵. Há, igualmente, uma preocupação com a preservação da complexidade da interpretação, deixando-a livre do emprego de métodos heurísticos. A preocupação com a verificação

²⁴ Alfonso Trujillo Ferrari, 1982, p. 29-31. A relação entre uma abordagem dialética e uma preocupação com a linguagem não significa que se proceda à dialética do signo como encontrada em Mikhail Bakhtin, não obstante a importância dessa perspectiva. Cf. Mikhail Bakhtin, 1997.

²⁵ Friedrich Waismann, 1945, p. 121.

perpassa todo o trabalho; o cuidado em não empregar métodos heurísticos também. É preciso observar, no entanto, que a ausência de métodos heurísticos não significa ausência de método. Não há uso de um método concebido aprioristicamente como conducente à obtenção da verdade, mas há uso de uma racionalidade que permite a obtenção de um resultado plausível diante dos dados do problema. A racionalidade que leva à plausibilidade da hipótese é, portanto, argumentativa.

A hipótese de que o princípio da diferença e o direito a um mínimo social possam ser elementos constitucionais essenciais do liberalismo político pode ser testada com base nos expedientes empregados pelo próprio Rawls na concretização institucional do princípio da diferença. Estruturo, assim, um argumento que pode ser mais bem entendido quando decomposto em duas partes. A primeira parte se refere à enunciação completa do princípio da diferença na teoria da justiça como equidade. O princípio da diferença é enunciado por Rawls com a restrição do princípio da poupança justa. Com efeito, levando em conta o princípio da liberdade e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, Rawls afirma que “desigualdades sociais e econômicas devem ser arrançadas de forma que elas sejam [...]: (a) para o maior benefício dos menos favorecidos, em consistência com o princípio da poupança justa [...]”²⁶. A discussão do princípio da poupança justa surge quando se indaga se um sistema social é capaz de satisfazer os princípios da justiça. A questão é saber se as principais instituições sociais podem satisfazer, em especial, o princípio da diferença. A resposta de Rawls é a de que isso depende do nível fixado para o mínimo social. O nível fixado para o mínimo social se liga, por sua vez, à questão de se saber em que termos a geração presente é obrigada a respeitar as reivindicações da geração que lhe sucede. A aplicação do princípio da diferença envolve essa questão. Cada geração tem não apenas o dever de preservar os ganhos da cultura e da civilização, mas também o dever de poupar um valor adequado para a acumulação efetiva de capital real. Admitindo-se que exista um princípio justo de poupança que nos diga qual deve ser o montante desse investimento, chega-se à determinação do nível adequado do mínimo social. A aplicação do princípio da diferença exige a ideia de mínimo social. O princípio da diferença só poderia ser aceito

²⁶ John Rawls, 1971, p. 302. John Rawls, 1999a, p. 266. “*Second Principle*. Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: (a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just savings principle, and (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity.”

se o ponto em que ele fosse fixado, levando-se em conta os salários, pudesse maximizar as expectativas de quem viesse a se encontrar no grupo dos menos favorecidos²⁷. Isso depende, novamente, do princípio da poupança justa.

A segunda parte do argumento se refere à enunciação de um dos direitos e liberdades fundamentais da constituição do liberalismo político: à descrição de uma parte dos elementos constitucionais essenciais. Rawls distingue entre as normas integram e as normas que não integram os direitos e liberdades fundamentais do liberalismo político. Nesse processo, Rawls afirma que, “[...] embora um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos seja também um [elemento] essencial, o que eu chamei de ‘princípio da diferença’ é mais exigente e não é [um elemento essencial]”²⁸. A fixação do mínimo social, como mencionei, é considerada por Rawls como dependendo da extensão do legado deixado de uma geração a outra. Isso envolve fatores como a preservação e a promoção das instituições justas, dos bens da cultura e da civilização e do capital real. O que se mostra de certo modo problemático na enunciação do direito a um mínimo social na descrição do liberalismo político é a dissociação entre seu estabelecimento e suas questões típicas: o benefício dos mais favorecidos condicionado ao benefício dos menos favorecidos e o princípio da poupança justa entre gerações. Essa questão é problemática pelo menos do ponto de vista do arranjo institucional exemplificado na teoria da justiça como equidade²⁹. Sem essa dissociação não haveria como afirmar, pelo menos do ponto de vista do arranjo institucional sugerido na justiça como equidade, que o princípio da diferença não pudesse fazer parte dos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político. Com essa segunda parte do argumento, completo, assim, uma razão que poderia levar à possibilidade de se sustentar que o princípio da diferença seja um elemento constitucional essencial. Esse argumento parece ser complexo, mas ele será retomado mais adiante, no capítulo terceiro.

Há, pelo menos, mais uma forma de testar da hipótese de trabalho. A indagação sobre a relação entre a constituição e as normas sobre desigualdade social e econômica na

²⁷ John Rawls, 1971, p. 284-286.

²⁸ John Rawls, 2005, p. 228-229. John Rawls, 2000b, p. 279. “Similarly, though a social minimum providing for the basic needs of all citizens is also an essential, what I have called the ‘difference principle’ is more demanding and is not.”

²⁹ John Rawls, 1971, p. 274-284; *id.*, 1999a, p. 242-251.

justiça como equidade, realizada no capítulo segundo, e a indagação sobre os critérios de essencialidade constitucional na descrição do liberalismo político via a indagação sobre a distinção entre princípios que abrangem direitos e liberdades básicas ou fundamentais e princípios concernentes às desigualdades sociais e econômicas, realizada no capítulo terceiro, também são meios argumentativos que apresento para testar a hipótese. A combinação das descrições nos permite entender se há compatibilidade entre o liberalismo descrito por Rawls e sua teoria original da justiça como equidade. Em outras palavras, se a constituição do liberalismo político comporta a constituição da justiça como equidade original. Isso significa que os capítulos que compõem este trabalho seguem uma metodologia argumentativa.

Ainda no âmbito metodológico, poder-se-ia indagar quais seriam os processos usados para a obtenção dos dados necessários ou quais seriam as técnicas de pesquisa usadas com vistas à realização dos objetivos³⁰. Em tendo características de pesquisa exploratória³¹, a obtenção dos dados se processa por meio da documentação indireta, que é a documentação feita por meio da pesquisa documental (fontes primárias) e da pesquisa bibliográfica (fontes secundárias), embora seja dada ênfase à pesquisa documental. Em função do objeto estudado, as fontes escritas por Rawls são consideradas fontes primárias, ao passo que as fontes escritas pelos autores a respeito de Rawls e as demais fontes são consideradas fontes secundárias³². A pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica são realizadas em livros, em artigos e em formas textuais disponíveis nos mais variados locais como em bibliotecas e em bases de dados *on-line*. A obtenção de dados por meio de documentação direta, como a obtenção por meio de pesquisa de campo e de pesquisa de laboratório, não faz sentido em função do objeto e dos objetivos definidos. A documentação indireta, especialmente a pesquisa bibliográfica, é a técnica que oferece os meios mais adequados para obter dados neste caso. A pesquisa bibliográfica não consiste numa mera repetição do que já foi escrito:

³⁰ Marina de Andrade Marconi; Eva Maria Lakatos, 2003, p. 174.

³¹ Antônio Carlos Gil, 1991, p. 45-48. Com base em seus objetivos gerais, esse autor classifica as pesquisas em exploratórias, descritivas e explicativas. Este escrito realiza, nos termos de Gil, uma pesquisa exploratória, que é aquela que tem como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições. Na maioria dos casos, a pesquisa exploratória assume a forma de pesquisa bibliográfica, que é a pesquisa desenvolvida exclusivamente com fontes bibliográficas. É por meio de pesquisas bibliográficas que pesquisas sobre ideologias e pesquisas que analisam diversas posições relativas a um problema costumam ser realizadas.

³² Umberto Eco, 2009, p. 35.

ela fornece os meios para o exame do problema sob uma perspectiva diferente e, desse modo, ela permite chegar a conclusões relativamente novas³³.

Para que a estrutura da pesquisa esteja mais bem elucidada, resta saber se compensa realizar o esforço de seguir adiante³⁴. Há várias razões que levam à construção destas páginas. A importância do pensamento de Rawls é uma delas. O texto considerado como o mais importante do autor é seu primeiro livro, intitulado “Uma teoria da justiça” [*A theory of justice*]³⁵. Não obstante o fato de essa obra ter assumido uma dimensão referencial, a teoria da justiça como equidade foi objeto de várias críticas relevantes. Algumas delas levaram Rawls a realizar uma descrição do liberalismo político em seu segundo livro, intitulado “Liberalismo político” [*Political liberalism*]³⁶. As críticas a sua teoria mais conhecida também suscitaram uma reelaboração da teoria da justiça como equidade. Isso resultou na publicação de seu quarto livro: “Justiça como equidade: uma reformulação” [*Justice as fairness: a restatement*]³⁷. Seu terceiro livro está menos vinculado às críticas dirigidas à teoria da justiça como equidade. Trata-se de uma concepção de justiça voltada para o direito internacional, que foi publicada inicialmente como artigo e posteriormente como livro: “O direito dos povos” [*The law of peoples*]³⁸. A obra de Rawls torna-se completa quando se incluem seus artigos. Eles foram publicados em vários periódicos especializados. Os considerados mais importantes pelo próprio Rawls foram reunidos e publicados no livro intitulado “Artigos coletados” [*Collected papers*]³⁹. Rawls ainda teve publicado seu curso sobre história da filosofia moral, “Leituras sobre a história da filosofia moral” [*Lectures on the history of moral philosophy*]⁴⁰, em vida, e seu curso sobre história da filosofia política, “Leituras sobre a história da filosofia política” [*Lectures on the history of political philosophy*]⁴¹,

³³ Marina de Andrade Marconi; Eva Maria Lakatos, 2003, p. 183.

³⁴ José Augusto de Souza Peres, 1979, p. 15-21. Alfonso Trujillo Ferrari, 1982, p. 167-171. Marina de Andrade Marconi; Eva Maria Lakatos, 2003, p. 219-220.

³⁵ John Rawls, 1971; *id.*, 1999a. O livro foi publicado originalmente em 1971 e foi reeditado com pequenas alterações em 1999. No Brasil, há três traduções: a primeira, de Vamireh Chacon publicada originalmente em 1976; a segunda, de Almiro Pisetta e de Lenita Maria Rimoli Esteves publicada originalmente em 1997; e a terceira, de Jussara Simões publicada originalmente em 2008. Cf., respectivamente, John Rawls, 1981; *id.*, 2000a; *id.*, 2008. Em razão das dificuldades interpretativas inerentes ao processo de tradução, oriento-me ao longo da tese pelas duas edições em língua inglesa.

³⁶ John Rawls, 2005. Primeira edição em 1993. Segunda edição em 1996.

³⁷ John Rawls, 2001.

³⁸ John Rawls, 1999b.

³⁹ John Rawls, 1999c.

⁴⁰ John Rawls, 2000c.

⁴¹ John Rawls, 2007.

postumamente. O reconhecimento da característica referencial do pensamento de Rawls é feito por praticamente todos que trabalham com filosofia política e teoria da justiça, independentemente do posicionamento crítico que se adote e independentemente das características do sistema político-jurídico com que se lide mais diretamente, especialmente em razão da teoria da justiça como equidade⁴². Embora relacionado ao contexto cultural da sociedade norte-americana, o pensamento de Rawls pode contribuir para a reflexão filosófica e constitucional de sociedades as mais diversas. Como lembra Michel Rosenfeld, importa mais ao apelo de uma filosofia como a de Rawls a relevância dos argumentos que ela propõe do que a localização dessa filosofia na tradição de uma comunidade política⁴³.

Em meio ao universo das obras de Rawls, o problema que procuro estudar se situa na relação entre a teoria da justiça como equidade e a descrição do liberalismo político. Por meio da teoria da justiça como equidade, Rawls realizou uma cesura na história mais recente da filosofia prática⁴⁴. Não obstante, objeções foram dirigidas à teoria. Ele acolheu várias delas em sua descrição do liberalismo político⁴⁵ e em sua reafirmação da teoria da justiça como equidade⁴⁶. Com efeito, em sua reafirmação da teoria da justiça como equidade, Rawls procura retificar as faltas relativas às ideias mais importantes em seu primeiro livro e conectar essa concepção de justiça com as principais ideias encontradas em seus ensaios datados de 1974 em diante⁴⁷. Como o princípio da diferença é um dos pontos mais importantes da teoria da justiça como equidade e como os elementos constitucionais essenciais são um dos pontos mais importantes da descrição do liberalismo político, nota-se que essas duas dimensões do objeto de estudo estão, com efeito, no cerne do pensamento do autor, ressalvada sua concepção de justiça para o direito internacional. O princípio da diferença compõe um dos dois princípios da teoria da justiça como equidade, tanto a original, quanto a reafirmada, e os elementos constitucionais essenciais compõem a ideia de razão pública que, ao lado da ideia de

⁴² Robert Nozick, 2009, p. 228. Michael Walzer, 2003, p. xxii, p. 3-4, p. 17, p. 41. Gerald Allan Cohen, 2008, p. 11-14. Simone Goyard-Fabre, 2006, p. 266-267. Otfried Höffe, 2006, p. 4. Amartya Sen, 2009, p. 8. Liam Murphy e Thomas Nagel, 2002, p. 4. Jürgen Habermas, 1997a, p. 65. Arthur Kaufmann, 2004, p. 37 e p. 260. Barbara Herman, 2005, p. xi. Will Kymlicka, 2002, p. viii. Sebastiano Maffettone; Salvatore Veca, 2005, p. xi. Luiz Paulo Rouanet, 2002, p. 7. Cecilia Caballero Lois, 2005, p. 25.

⁴³ Michel Rosenfeld, 2010, p. 90.

⁴⁴ Jürgen Habermas, 1997a, p. 65; *id.*, 2002a, p. 61.

⁴⁵ Roberto Gargarella, 2008, p. 224.

⁴⁶ John Rawls, 2001. Em português: *Justiça como equidade: uma reformulação*.

⁴⁷ John Rawls, 2001, p. xv.

consenso por sobreposição, é uma das duas principais ideias do liberalismo político. Entre as razões que levam à construção dessas páginas, a primeira delas é, portanto, a importância do objeto de estudo. Estas linhas tratam de questões centrais do pensamento de um autor que, por sua vez, representa um marco reconhecido para a filosofia prática.

A afirmação de que este estudo aborda aspectos centrais de um autor central em termos filosóficos práticos tem o propósito de mostrar a importância do objeto de estudo, mas isso não elide a adoção de uma atitude crítica perante o objeto. Penso ser importante fazer algumas considerações a esse respeito. Por um lado, o objeto não é considerado nestas páginas como dissociado do sujeito, mas como mantendo com o sujeito uma relação de referência contígua⁴⁸. Por outro lado, a atitude crítica perante o objeto envolve tanto o estudo das razões que sustentam os pontos de concordância, quanto o estudo das razões que sustentam os pontos de discordância das ideias estudadas. Sustentar a hipótese de que pode haver razões suficientes para que se considere o princípio da diferença como um direito fundamental do liberalismo político certamente expressa essa atitude. Essa observação é feita com o objetivo de colocar em evidência a precaução deste trabalho de não ratificar passivamente a interpretação sustentada nos textos estudados e a de evitar estruturar a investigação em torno de pontos irrelevantes no contexto do pensamento do autor. Essas são precauções que devem ser tomadas quando o objeto de estudo é o pensamento de um autor, uma vez que podem existir pontos de contato entre o pensamento do autor e o pensamento de quem o estuda. A suposição, em função do que foi exposto, é a de que essas precauções tenham sido tomadas.

Continuando no âmbito das razões que levam à construção dessas páginas, cabe perguntar por que é importante estudar a pertinência ou a não pertinência do princípio da diferença e do direito a um mínimo social ao conjunto dos elementos constitucionais essenciais, mais especificamente ao conjunto dos direitos e liberdades fundamentais. Trata-se da indagação a respeito da importância de levar-se adiante o *teste* da hipótese levantada perante a dimensão problemática do objeto. A importância de testar a

⁴⁸ Wilhelm Dilthey, 1949, p. 13-21; *id.*, 1968, p. 242-258. Richard E. Palmer, 1969, p. 103-106; *id.*, 2006, p. 110-113. Maria Helena Diniz, 1997, p. 24. Como observa Dilthey, o objeto de estudo das ciências humanas é referido ao sujeito: o sujeito é, em parte, o objeto que ele mesmo estuda, como dito anteriormente na frase referenciada pela nota n.º 24.

possibilidade de pertencimento do princípio da diferença e do direito a um mínimo social ao conjunto das normas constitucionais relativas a direitos e liberdades fundamentais é a segunda razão que leva a construção dessas páginas. Há uma importância teórica e uma importância prática na realização desse teste.

A interpretação de Rawls de que o princípio da diferença não integra os elementos constitucionais essenciais do liberalismo pode ser considerada estranha para quem toma contato com os dois princípios da justiça. O princípio da diferença compõe os dois princípios da justiça e está entre as principais asserções, se não for a principal asserção, que notabilizam essa teoria. Considerando que o liberalismo político sustenta tanto a liberdade quanto a igualdade entre os indivíduos e considerando que uma descrição sempre comporta uma interpretação, é possível supor que a descrição da constituição do liberalismo político feita por Rawls incluísse o princípio da diferença. Poder-se-ia esperar que os dois princípios fossem parte da constituição. A afirmação de Rawls em contrário na descrição dos elementos constitucionais essenciais parece ser uma questão enigmática⁴⁹ na relação entre as principais obras do pensamento de Rawls. Isso nos leva a afirmar a relevância do teste da hipótese em termos teóricos.

O estudo da possibilidade de pertinência do princípio da diferença e do direito a um mínimo social ao conjunto dos direitos e liberdades fundamentais coloca em suspensão várias certezas normativas, ao mesmo tempo em que lança luzes sobre várias questões jurídicas, políticas e administrativas. A definição desses princípios e direitos como pertencentes ou como não pertencentes ao conjunto dos direitos e liberdades fundamentais repercute nos processos de elaboração e interpretação da própria constituição e de todos os estágios normativos infraconstitucionais. Além disso, o teste dessa hipótese tem o efeito paralelo de lançar luzes sobre o modo como diversas questões sociais e econômicas são tratadas juridicamente. Acompanhar o desenrolar dessas questões nos faz refletir tanto sobre o significado da constituição, da liberdade e dos direitos políticos, como sobre as definições jurídicas da tributação, do orçamento público, da propriedade, do salário mínimo e de tantas outras questões sobre direitos e liberdades fundamentais e sobre as formas jurídico-institucionais de mitigação das desigualdades sociais e econômicas. Isso nos ajuda a avaliar as instituições que regem a

⁴⁹ Frank Isaac Michelman, 2004, p. 1407-1420; Lawrence Gene Sager, 2004, p. 1421-1433.

distribuição dos ônus e bônus da vida social em nosso meio, bem como as decisões judiciais e as políticas públicas efetivas. Com efeito, essas são questões que se relacionam tanto ao direito nacional como ao direito internacional⁵⁰.

Um caso talvez possa ilustrar melhor a importância de uma discussão como essa. Uma questão sobre a qual o simples acompanhamento da discussão poderia lançar luzes é a do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE). Uma parte do produto da arrecadação de dois dos impostos da União, o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR) e o imposto sobre produtos industrializados (IPI), vinte e um inteiros e cinco décimos por cento (21,5%) do produto da arrecadação desses impostos, devem ser destinados pela União ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE)⁵¹. A norma que rege o fundo determina que a repartição desse montante e de seus acessórios seja realizada da seguinte forma: oitenta e cinco por cento (85%) devem ser destinados às Unidades da Federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e quinze por cento (15%) devem ser destinados às Unidades da Federação integrantes das regiões Sul e Sudeste⁵². Ela determina, ainda, que os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal no FPE são os constantes no Anexo Único que dela faz parte e que devem ser definidos critérios de rateio com base em censo demográfico a ser realizado pela Fundação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁵³. A repartição e os coeficientes individuais⁵⁴ foram declarados inconstitucionais sem pronúncia de nulidade pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁵. No caso do FPE, a compreensão do alcance do princípio da diferença fornecer subsídios, ainda que de forma indireta, para se avaliar a justiça dos critérios de repartição e dos critérios de fixação dos coeficientes individuais variáveis a serem adotados. É preciso considerar, contudo, que na teoria da justiça como equidade, o princípio da diferença aparece em posição subordinada ao princípio da liberdade igual e ao princípio da igualdade equitativa de oportunidade, além de ser condicionado pelo princípio da poupança justa e se relacionar com o direito a um mínimo social. Um

⁵⁰ Entre os vários exemplos no direito internacional está o problema da repartição das receitas tributárias entre estados em processo de integração. Cf. Valcir Gassen, 2004.

⁵¹ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 159, I, *a*.

⁵² Brasil. Lei Complementar n.º 62, de 28 de dezembro de 1989, art. 2.º, I e II.

⁵³ Brasil. Lei Complementar n.º 62, de 28 de dezembro de 1989, art. 2.º, §§ 1.º a 3.º.

⁵⁴ Brasil. Lei Complementar n.º 62, de 28 de dezembro de 1989, art. 2.º, I e II, §§ 1.º a 3.º.

⁵⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 875.

tribunal teria de estar atento a esse aspecto na aplicação do princípio, uma vez que ele *não foi pensado para aplicações fora dessa ordem serial, nem foi pensado para ser aplicado diretamente* à solução de casos concretos. Esse é um caso sobre o qual o acompanhamento da discussão teórica pode lançar luzes, embora não necessariamente fornecer uma resposta definitiva.

O pertencimento do direito a um mínimo social aos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político tem várias implicações práticas. Esse pertencimento suscita a necessidade de sua efetivação jurídico-institucional permanente por meio da arrecadação tributária e da dotação orçamentária. Além disso, o pertencimento do mínimo social ao conjunto dos direitos e liberdade fundamentais abre a possibilidade de controle de constitucionalidade. O controle judicial de constitucionalidade passa a poder ser exercido sobre essa questão. No caso do controle concentrado de constitucionalidade, é inequívoco que a natureza de direito fundamental do direito a um mínimo social torna a corte constitucional competente para deferir pedido de transferência monetária relativa ao mínimo social independentemente da existência de norma escrita sobre o mínimo social e de aparato institucional apto a efetivá-lo. No caso do controle difuso de constitucionalidade, é igualmente inequívoco que qualquer juízo se torna em tese competente para deferir o pedido. A dificuldade no caso de norma constitucional não escrita de um estado federal está na determinação de qual ente federativo é responsável pelo pagamento. Diante da indefinição, é presumível que a competência para o empenho do pagamento seja comum a todos os entes. Outra dificuldade no caso de norma não escrita está na determinação de seu valor. Essa questão deverá ser abordada no decorrer deste escrito. Enfim, a constatação de que a natureza do direito a um mínimo social é de direito fundamental inerentemente garantido pela constituição, isto é, independentemente de previsão escrita, nega que o mínimo social seja um ato de liberalidade, uma agenda partidária, uma política pública provisória. Sua natureza de direito fundamental garantido pela constituição afirma sua relação com o *status* de cidadania igual e com todas as dimensões correlatas à da cidadania igual. Isso significa que, na prática, um direito fundamental deixa de ser usado como meio de negociação política no processo eleitoral. Certamente, há outros efeitos práticos do reconhecimento do direito a um mínimo social como direito

fundamental inerentemente garantido pela constituição, mas penso que esses são os mais importantes.

Já o hipotético pertencimento das normas relativas ao princípio da diferença aos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político suscitaria a necessidade de essas normas serem aprovadas e modificadas pelo poder constituinte reformador, pelo menos nos sistemas jurídicos regidos por uma constituição escrita, somente por meio de quórum qualificado. Além disso, seu pertencimento aos elementos constitucionais essenciais suscitaria o controle de constitucionalidade de todas as normas jurídicas que tenham efeito sobre a distribuição de renda e riqueza e sobre a distribuição equitativa de oportunidades. Um entendimento nítido sobre o princípio da diferença, sobre o princípio da poupança justa, sobre a igualdade equitativa de oportunidades poderia ser compartilhado por todos os poderes do estado e pelos cidadãos em sua compreensão dos mandamentos constitucionais e das demais normas jurídicas, bem como das políticas públicas levadas a efeito. A distribuição de renda e riqueza e de postos de autoridade poderia ser debatida como uma questão de direito fundamental e a possibilidade de experimentação institucional nesse setor seria restrita.

Como acabamos de ver, várias podem ser as implicações da discussão da relação entre o direito a um mínimo social, o princípio da diferença e a categoria de direitos fundamentais. A esse respeito, cabe fazer algumas observações. Embora o pensamento de Rawls seja considerado bastante relevante na história da filosofia prática inclusive por seus críticos, como mencionado anteriormente, há controvérsia em relação à natureza das soluções por ele propostas para o problema da justiça. Há quem interprete essa controvérsia como dificuldade de coerência, de plausibilidade e de validade⁵⁶ e há quem a interprete como resultado da atratividade da própria teoria, no sentido de que uma teoria que exerce atratividade normalmente suscita objeções⁵⁷. Neste trabalho, estudo a oposição de uma *objeção de coerência* entre partes importantes do pensamento desse autor. Não obstante essa e outras as críticas que possam ser apropriadamente dirigidas à sua obra, deve-se observar que ela está entre as que estabelecem, na transição do século vinte para o século vinte e um, as linhas em que passou a ser realizada a

⁵⁶ Sebastiano Maffettone; Salvatore Veca, 2005, p. xi.

⁵⁷ Roberto Gargarella, 2008, p. xix-xx.

discussão sobre liberdade e igualdade em termos sociais e econômicos. Estudar a relação entre o direito a um mínimo social, o princípio da diferença e os direitos fundamentais no pensamento de Rawls é *uma forma de aproximar os estudos sobre liberdade e igualdade social e econômica dos estudos jurídicos*. Não se trata de defender uma única leitura sobre direitos fundamentais ou sobre constituição com base em um autor. Trata-se de tentar contribuir para o avanço da compreensão sobre direitos sociais e econômicos por meio do estudo de um autor que está fortemente relacionado a essas discussões fundamentais. Por meio deste estudo, talvez seja possível conhecer melhor suas propostas. Isso certamente permite ampliar as possibilidades de solução de questões político-jurídicas relacionadas a direitos sociais e econômicos fundamentais tanto sob a óptica desse autor, quanto sob a óptica de outros autores envolvidos na discussão. A delimitação da discussão em termos de princípio da diferença e uma parte dos elementos constitucionais essenciais é um meio possivelmente mais produtivo de levar a discussão sobre direitos sociais e econômicos fundamentais adiante. A aproximação dos estudos sobre liberdade e igualdade social e econômica do meio jurídico é mais uma razão, a terceira, que me conduz à realização deste trabalho.

Em tendo sido feitas essas considerações, talvez seja possível afirmar que a estrutura da pesquisa está relativamente definida e justificada. Isso nos permite prosseguir em direção à proposta de solução do problema. Só nos resta agora, em conformidade com os objetivos específicos, tratar da teoria da justiça como equidade no primeiro capítulo, da constituição da justiça como equidade no segundo capítulo, da constituição do liberalismo político descrito por Rawls no terceiro capítulo, do princípio da diferença no quarto capítulo e do direito a um mínimo social no quinto capítulo. Essas descrições possuem uma importante dimensão interpretativa e, em meio a elas, o teste da hipótese certamente nos levará a uma conclusão.

CAPÍTULO I

1. A concepção da justiça como equidade

Uma das principais preocupações da teoria da constituição é saber o que torna tipicamente constitucional uma norma jurídica. Essa preocupação se justifica, uma vez que as normas constitucionais ocupam a posição principal ou superior em meio às demais normas jurídicas. A afirmação da relevância superlativa da constituição é uma elaboração histórica não linear associada a várias concepções políticas⁵⁸. Uma das principais concepções políticas associadas a essa afirmação é o liberalismo político. Desde seu surgimento, o liberalismo político é interpretado por seus próprios teóricos de diversas maneiras. Entre elas, está a interpretação realizada por John Rawls. As implicações dessa interpretação para a teoria da constituição precisam ser mais bem compreendidas.

Inicialmente, Rawls aborda a constituição na fase em que seus estudos se voltam para a elaboração da teoria da justiça como equidade. Poder-se-ia pensar que, nesse momento, Rawls não discute o liberalismo político. Essa suposição tem razão de ser em parte. É verdade que Rawls faz distinção entre a justiça como equidade e o liberalismo político⁵⁹. É preciso observar, no entanto, que a justiça como equidade é uma interpretação do liberalismo político. Para Rawls, portanto, há a justiça com equidade [*justice as fairness*], que é uma interpretação do liberalismo político entre tantas outras interpretações, e há o liberalismo político propriamente dito [*political liberalism*]. Portanto, a constituição é abordada inicialmente por Rawls em meio a uma interpretação do liberalismo político, a interpretação fornecida pela teoria da justiça como equidade.

Neste capítulo, a questão que se coloca é a de saber como Rawls descreve a justiça como equidade. Uma das primeiras questões a resolver, por conseguinte, é sobre o que é a teoria da justiça como equidade. Procurarei fazer isso de forma introdutória e mantendo em mente o objetivo de elucidar a relação entre ela e a questão constitucional. Uma forma inicial de resolver a questão sobre o que é a teoria da justiça como equidade é elucidando a denominação da teoria: justiça como equidade.

⁵⁸ Mauro Capelletti, 1992. Maurizio Fioravanti, 1999.

⁵⁹ John Rawls, 2005, p. xviii, p. xxix, p. 7.

1.1 Elucidando a denominação da teoria

A denominação da teoria veicula uma de suas principais características: a de que ela é uma teoria da justiça que emprega o método contratualista. A teoria da justiça elaborada por Rawls é, como ele mesmo diz⁶⁰, uma concepção de justiça cujas bases estão na teoria do contrato social tal como ela é encontrada em autores como Locke, Rousseau e Kant⁶¹. Há, no entanto, distinções no contrato social proposto por Rawls. Entre elas está o fato de que ele não concebe o contrato social como o contrato que estabelece uma forma de governo específica ou uma sociedade específica. O objeto do contrato não é nem um nem outro. Rawls concebe um acordo original que estabelece princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade [*the basic structure of society*] ⁶². Os princípios de justiça, esses são os objetos ou, metonimicamente, o objeto do contrato social ou do acordo original. O objeto do contrato são princípios da justiça de que devem resultar todos os demais acordos sociais. Rawls eleva, assim, a conhecida teoria do contrato social a um nível mais alto de abstração⁶³, já que ela trata não desta ou daquela forma de governo ou desta ou daquele tipo de cooperação social, mas de princípios de justiça para qualquer forma de governo ou para qualquer forma de cooperação social.

Outra distinção está na caracterização do que ele chama de posição original [*original position*]. A posição original corresponde ao estado de natureza da tradicional teoria do contrato social. Essa é uma situação puramente hipotética e não é, evidentemente, vista como uma situação histórica real e muito menos, diz Rawls, como uma condição primitiva da cultura⁶⁴. Também Kant concebia o acordo original como puramente

⁶⁰ John Rawls, 1971, p. 11; *id.*, 1999a, p. 10.

⁶¹ Rawls observa que o contratualismo em questão está em John Locke, “Segundo tratado do governo” [*Second treatise of government*] [1689]; em Jean-Jacques Rousseau, “Do contrato social ou princípios do direito político” [*Du contract social ou principes du droit politique*] [1762]; e em Immanuel Kant, começando por “Fundamentação à metafísica dos costumes” [*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*] [1785]. A respeito de “Leviatã ou o problema, a forma e o poder de uma comunidade eclesiástica e civil” [*Leviathan or the matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*] de Thomas Hobbes [1651], Rawls afirma que, “por toda sua grandiosidade”, essa obra “levanta problemas especiais”. Cf. John Rawls, 1971, p. 11; *id.*, 1999a, p. 11; nota 4.

⁶² John Rawls, 1971, p. 11; *id.*, 1999a, p. 10.

⁶³ John Rawls, 1971, p. 11; *id.*, 1999a, p. 10.

⁶⁴ John Rawls, 1971, p. 12, p. 120; *id.*, 1999a, p. 11, p. 104.

hipotético e, nisso, sua teoria converge com a clássica teoria do contrato social⁶⁵. Uma característica distintiva da posição original está no modo como as partes são pensadas. As partes são pensadas como racionais e mutuamente desinteressadas⁶⁶. Rawls observa que “isso não significa que as partes sejam egoístas, isto é, indivíduos com apenas certos tipos de interesses, digamos em riqueza, prestígio e dominação”⁶⁷. No entanto, observa Rawls, “elas são concebidas como não tendo interesse nos interesses uns dos outros”, de sorte que mesmo as finalidades espirituais das partes podem ser opostas, isto é, mesmo as finalidades daqueles com diferentes religiões podem ser contrárias entre si⁶⁸. Ainda quanto às partes, Rawls assume que elas são pessoas morais, isto é, são pessoas racionais capazes de um senso de justiça⁶⁹.

Além dessas características das partes, a distinção certamente mais marcante da posição original está no que Rawls chama de “véu da ignorância” [*veil of ignorance*]. As partes escolhem os princípios da justiça sob o véu da ignorância. Isso significa que, embora todas sejam capazes de um senso de justiça, na posição original, ninguém conhece suas circunstâncias sociais, ninguém conhece suas circunstâncias naturais, ninguém sabe sequer quais são suas concepções do bem, isto é, quais são as finalidades pessoais que elas pretendem atingir na vida ou mesmo quais são suas propensões psicológicas especiais⁷⁰. O véu da ignorância garante que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios da justiça em razão quer de circunstâncias sociais, quer de circunstâncias naturais. Ele garante que os princípios da justiça possam ser escolhidos como resultado do equilíbrio entre as partes e de uma situação de imparcialidade.

Há pouco, eu disse que a constituição é abordada por Rawls inicialmente em meio a uma interpretação do liberalismo político, a interpretação da teoria da justiça como equidade, e que uma das primeiras questões a resolver, portanto, era sobre que teoria é essa. Como ela é composta de várias partes, o que requer sua explicação gradual, eu acabei optando por começar por sua denominação. Com efeito, a denominação da teoria

⁶⁵ John Rawls, 1971, p. 12; *id.*, 1999a, p. 11.

⁶⁶ John Rawls, 1971, p. 13; *id.*, 1999a, p. 12.

⁶⁷ John Rawls, 1971, p. 13; *id.*, 1999a, p. 12. “This does not mean that the parties are egoists, that is, individuals with only certain kinds of interest, say wealth, prestige, and domination”.

⁶⁸ John Rawls, 1971, p. 14; *id.*, 1999a, p. 12. “But they are conceived as not taking an interest in one another’s interests”.

⁶⁹ John Rawls, 1971, p. 11; *id.*, 1999a, p. 12.

⁷⁰ John Rawls, 1971, p. 12; *id.*, 1999a, p. 11.

da justiça de Rawls veicula uma de suas principais características, a de que ela é uma teoria contratualista. Toda teoria contratualista se compõe de pelo menos duas partes. Uma descreve uma situação inicial da qual surge o contrato: isso envolve o problema da escolha que se coloca ali. A outra descreve o acordo a que se chegou: os princípios resultantes. O acordo, evidentemente, decorre da situação inicial. Como vimos, a situação inicial do contratualismo de Rawls, a posição original, é interpretada de modo a permitir que princípios de justiça aplicáveis a qualquer sociedade ou a qualquer forma de governo sejam elaborados de forma racional, consensual, mutuamente desinteressada e sob o véu da ignorância. Os princípios de justiça escolhidos dessa forma, especialmente em razão do véu da ignorância, são resultantes de uma decisão entre partes imparciais em suas convicções, simétricas nas relações recíprocas e nas relações do todos com cada um, não propriamente porque elas se dizem ser assim, mas porque a situação em que elas se encontram as torna assim. Os princípios da justiça escolhidos dessa maneira resultam, portanto, de uma situação equitativa⁷¹: a teoria da justiça como equidade [*justice as fairness*] é a teoria que descreve princípios de justiça resultantes de uma decisão consensual tomada numa situação de decisão idealmente equitativa [*fair*]. Na fórmula “justiça como equidade”, “justiça” [*justice*] são os princípios de justiça, a concepção de justiça, ao passo que equidade [*fairness*] é a forma equitativa de escolha desses princípios, o tipo de procedimento de escolha. Feita essa distinção, torna-se evidente que Rawls não realiza uma equivalência entre os termos “justiça” [*justice*] e “equidade” [*fairness*]. Afinal, “o nome [da teoria] não significa que os conceitos de justiça e equidade sejam os mesmos, não mais do que a frase ‘poesia como metáfora’ signifique que os conceitos de poesia e metáfora sejam os mesmos”⁷². Nas palavras de Rawls, “essa maneira de ver os princípios da justiça, eu chamarei justiça como equidade”⁷³.

1.2 A constituição como parte da estrutura básica da sociedade

⁷¹ John Rawls, 1971, p. 12; *id.*, 1999a, p. 11.

⁷² John Rawls, 1971, p. 12-13; *id.*, 1999a, p. 11. “The name does not mean that the concepts of justice and fairness are the same, any more than the phrase ‘poetry as metaphor’ means that the concepts of poetry and metaphor are the same”.

⁷³ John Rawls, 1971, p. 11; *id.*, 1999a, p. 10. “This way of regarding the principles of justice I shall call justice as fairness”.

Estando resolvida a questão da denominação da teoria e estando apresentada a justiça como equidade, ainda que de modo muito incipiente, temos condições de vislumbrar os primeiros lineamentos da relação entre ela e a constituição.

Nós vimos anteriormente que as partes, na posição original, discutem quais são os princípios de justiça para a estrutura básica. Elas discutem a justiça social. Nos termos de Rawls, a justiça social consiste em princípios de justiça, isto é, uma concepção de justiça, para a estrutura básica da sociedade. Rawls fala em princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade e não em princípios de justiça para a sociedade. A estrutura básica da sociedade é a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes realizam duas coisas: distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens advindas da cooperação social⁷⁴. A estrutura básica é precisamente a maneira pela qual elas se encaixam num sistema e como elas distribuem os direitos e deveres fundamentais e como elas moldam as vantagens que emergem por meio da cooperação social⁷⁵. Isso significa que a constituição política e os principais arranjos econômicos e sociais pertencem à estrutura básica⁷⁶. São exemplos de instituições sociais mais importantes dados por Rawls: a proteção jurídica da liberdade de pensamento e da liberdade de consciência; os mercados competitivos e a organização da economia em geral; a propriedade privada dos meios de produção e todas as formas juridicamente protegidas da propriedade; a família monogâmica e assim por diante⁷⁷. Em suma, a estrutura básica da sociedade é a maneira pela qual a constituição política e os principais arranjos econômicos e sociais distribuem direitos e deveres e repartem as vantagens resultantes da cooperação social.

Na teoria da justiça como equidade, a constituição não aparece como objeto do acordo inicial. O objeto desse acordo é uma concepção de justiça social: os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade. A constituição aparece como um dos objetos da justiça. Ela é o objeto da justiça que apresenta um modo de *distribuição de direitos e deveres fundamentais*. A constituição aparece ao lado do modo como os principais arranjos econômicos e sociais distribuem as vantagens resultantes da cooperação social.

⁷⁴ John Rawls, 1971, p. 7; *id.*, 1999a, p. 6.

⁷⁵ John Rawls, 1977, p. 159.

⁷⁶ John Rawls, 1971, p. 7; *id.*, 1999a, p. 6.

⁷⁷ John Rawls, 1971, p. 7; *id.*, 1999a, p. 6; *id.*, 1977, p. 159; *id.*, 2001, p. 162-168.

A justiça como equidade distingue, portanto, entre o objeto do acordo inicial (a justiça) e o objeto da justiça (a estrutura básica) e interpreta a constituição como a instituição social à qual está associada a distribuição dos direitos e deveres fundamentais.

A constituição não é responsável pela divisão das vantagens advindas da cooperação social. A repartição das vantagens advindas cooperação social é resultado dos arranjos econômicos e sociais e, tendo isso em mente, os arranjos econômicos e sociais não são a constituição. Essa é uma observação importante a respeito da justiça como equidade. Há uma divisão de funções entre a constituição em os arranjos econômicos e sociais. A divisão de funções entre a constituição e os arranjos econômicos e sociais na justiça como equidade está fora do curso de várias análises críticas a respeito da estrutura básica⁷⁸. Essa divisão também está fora da análise realizada por Rawls em artigo específico⁷⁹, mas, no caso dele, as considerações estão presentes em seu principal escrito⁸⁰. O problema da fatoração da estrutura básica será retomado com mais detalhe adiante. Por ora, vale observar que a estrutura básica da sociedade é repartida, na justiça como equidade, entre o modo como a constituição política distribui os direitos e deveres fundamentais, a primeira parte da estrutura básica, e o modo como as principais instituições econômicas e sociais distribuem os frutos da cooperação social, a segunda parte da estrutura básica. A constituição faz parte, portanto, da primeira parte da estrutura básica. Sua caracterização como *primeira* parte da estrutura básica se justifica, pois “[...] a constituição é a fundação da estrutura social, o sistema da mais alta ordem de regras que regulam e controlam outras instituições [...]”⁸¹.

A observação atenta do modo como Rawls descreve a estrutura básica da sociedade somada à observação atenta do modo como Rawls descreve o objeto da justiça na teoria da justiça como equidade nos mostra outra coisa muito importante. No contexto da justiça como equidade, posso dizer que a justiça social terá tantos objetos identificáveis quantas forem as partes isoláveis, não obstante sempre interligadas, da estrutura básica. Isso significa que a justiça social tem como objeto parcial a constituição e como demais

⁷⁸ Gerald Allan Cohen, 2000, p. 122-124; *id.*, *ibid.*, p. 134-142; Iris Marion Young, 2006, p. 91-97; Nancy Fraser, 1996, p. 13-14.

⁷⁹ John Rawls, 1977, p. 159-165.

⁸⁰ John Rawls, 1971, p. 546; *id.*, 1999a, p. 478.

⁸¹ John Rawls, 1971, p. 227; *id.*, 1999a, p. 200. “[...] the constitution is the foundation of the social structure, the highest-order system of rules that regulates and controls other institutions [...]”.

objetos parciais as principais instituições econômicas e sociais. Estes últimos objetos poderiam ser analisados. A justiça social tem como objetos parciais, no que concerne à segunda parte da estrutura básica, as principais instituições econômicas, por um lado, e as principais instituições sociais, por outro lado. Disso se segue que, conforme os objetos parciais a que ela se dirige, a justiça social assume diferentes feições. Ao se dirigir à constituição política, a justiça social tem como objeto a justiça da constituição, ao passo que, ao se dirigir às principais instituições econômicas e sociais, a justiça social tem como objeto a justiça econômica, por um lado, e a justiça social, por outro lado. A fim de evitar equívocos, vou denominar esta última de justiça social em sentido estrito. Ela é uma subdivisão daquela primeira, a justiça social em sentido amplo. É a justiça social em sentido amplo que tem como objeto a estrutura básica da sociedade no todo, isto é, a justiça da constituição, a justiça econômica e a justiça social em sentido estrito de forma interligada.

Em síntese, até agora, observamos que, na justiça como equidade, a constituição é um dos objetos da justiça, o objeto que apresenta um modo de distribuição de direitos e deveres fundamentais, mas não de distribuição das vantagens advindas da cooperação social. Observamos também que a estrutura básica é dividida entre o modo como a constituição política distribui os direitos e deveres fundamentais e o modo como as principais instituições econômicas e sociais distribuem os frutos da cooperação social, fazendo parte, portanto, daquilo que denomino de primeira parte da estrutura básica. Observamos, por último, que há diferentes partes compondo, ainda que de forma interligada, a estrutura básica da sociedade. Com efeito, a estrutura básica é una, mas ela pode ser estudada sob a óptica do modo como diferentes instituições participam de sua conformação. Visto isso, podemos prosseguir na análise de como a constituição é vista pela teoria da justiça como equidade. Isso é muito importante para que possamos oferecer uma resposta ao problema dos princípios sobre desigualdade econômica e social na constituição do liberalismo político.

1.3 Como os princípios que regem a estrutura básica são acordados na posição original

As pessoas ou as partes que estão na posição original escolhem ou decidem, em situação equitativa, sobre os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade. A constituição é uma das instituições que integra a estrutura básica. Disso, nós já sabemos. A questão que emerge diz respeito aos princípios que são escolhidos e à forma de escolha dos princípios. Afinal de contas, quais são os princípios de justiça estabelecidos pela justiça como equidade e por que via se chega a eles? Começarei pela forma de escolha. Com efeito, os princípios da justiça podem ser conhecidos de duas formas ou há duas formas⁸² de chegarmos aos princípios da justiça na teoria da justiça como equidade: pelo raciocínio que se passa na posição original, que explica por que aqueles e não outros princípios são escolhidos naquela ocasião; e pela elucidação de seu significado de forma independente, sem preocupação com sua decorrência da posição original, que procura prever suas consequências para instituições e para políticas sociais fundamentais. Essas vias correspondem às possibilidades de aceitação de suas duas partes: é possível que a posição original pareça aceitável e os princípios não; assim como é possível aceitar os princípios ou uma variação deles e a posição original não⁸³. A primeira via vai ser vista agora e a segunda via será vista depois, em seção específica. Ainda em relação à primeira via, a do raciocínio realizado pelas partes na posição original, vale observar que ela pode ser apresentada de duas formas: uma que é chamada por Rawls de forma intuitiva do raciocínio que leva aos dois princípios e a outra que é chamada por ele de forma sistemática desse raciocínio. A primeira via em sua forma intuitiva, o raciocínio intuitivo que leva as partes à escolha dos dois princípios de justiça, é que vai ser vista logo a seguir. Conhecer a primeira via e seu resultado nos ajudará a entender melhor a constituição no contexto da justiça como equidade.

1.3.1 A forma intuitiva do raciocínio que leva aos dois princípios da justiça

Para determinar quais princípios de justiça seriam escolhidos na posição original, Rawls observa ser preciso descrever a posição original com detalhe e formular o problema da escolha com cuidado⁸⁴. Não vou me deter nessas questões de modo pormenorizado⁸⁵.

⁸² John Rawls, 1971, p. 152; *id.*, 1999a, p. 132.

⁸³ John Rawls, 1971, p. 15; *id.*, 1999a, p. 14.

⁸⁴ John Rawls, 1971, p. 14; *id.*, 1999a, p. 13.

Vou me ater aos pontos básicos de sua argumentação. O raciocínio intuitivo que leva aos dois princípios começa com uma observação: poder-se-ia pensar que as partes devem escolher uma concepção entre todas as concepções de justiça possíveis para, então, fazerem a melhor escolha possível. No entanto, ainda que todas as concepções de justiça pudessem ser definidas, nada garantiria que a concepção preferida pelas partes fosse a melhor. As partes poderiam simplesmente perder a melhor delas de vista em meio às inúmeras alternativas disponíveis. As partes poderiam, ainda, não escolher a melhor simplesmente porque a melhor não existe. Além disso, mesmo que a melhor existisse, não haveria como descrever a capacidade intelectual das partes para percebê-la. Diante desses problemas⁸⁶, Rawls recorre ao seguinte expediente: ele considera que as partes examinam uma pequena lista de concepções de justiça tradicionalmente conhecidas e que são conformes às restrições associadas às concepções de direito [*right*]. As concepções de justiça são: as duas formas da concepção utilitarista de justiça, o princípio clássico da utilidade e o princípio da utilidade média; a concepção perfeccionista de justiça, isto é, o princípio da perfeição; as concepções mistas de justiça; as concepções intuicionistas de justiça; e os princípios defendidos por Rawls, quais sejam, a liberdade igual, que é o primeiro princípio e o conjunto formado pelo princípio de igualdade equitativa e pelo princípio da diferença com sua condição de poupança justa⁸⁷, que é o segundo princípio, os dois em ordem serial com prioridade do primeiro princípio⁸⁸.

Em sendo dadas as alternativas, Rawls supõe que a decisão é tomada por meio de uma série de comparações aos pares⁸⁹, isto é, duas por vez⁹⁰. Desse modo, um argumento a favor dos dois princípios da justiça, assim como acontece com um argumento a favor de qualquer princípio é sempre um argumento relativo a uma lista de princípios ou a cada princípio constante nessa lista⁹¹. Argumentar a favor dos dois princípios significa (1) argumentar nas condições da posição original e (2) argumentar em oposição ao utilitarismo, ao perfeccionismo, às concepções mistas e ao intuicionismo. Fazer isso nas

⁸⁵ John Rawls, 1971, p. 118-192; *id.*, 1999a, p. 102-168. Nessas páginas, Rawls descreve a posição original e formula o problema da escolha ambos de forma detalhada.

⁸⁶ John Rawls, 1971, p. 122; *id.*, 1999a, p. 105-106.

⁸⁷ John Rawls, 1971, p. 128-129, p. 140, p. 284-293; *id.*, 1999a, p. 111, p. 121, p. 251-258.

⁸⁸ John Rawls, 1971, p. 124; *id.*, 1999a, p. 107.

⁸⁹ John Rawls, 1971, p. 122-123; *id.*, 1999a, p. 106.

⁹⁰ John Rawls, 2001, p. 95.

⁹¹ John Rawls, 1971, p. 125-126; *id.*, 1999a, p. 109.

condições da posição original é basicamente argumentar em situação de forte incerteza e argumentar em oposição a cada um dos princípios listados é uma tarefa minuciosa, cuja importância está especialmente centrada na argumentação em oposição ao utilitarismo, com foco no princípio da utilidade média. Embora a argumentação a favor dos dois princípios compreenda esses dois aspectos distintos, no momento, eu gostaria de centrar-me de forma simplificada no segmento da argumentação que leva as partes à adoção dos dois princípios.

O raciocínio que leva as partes aos dois princípios decorre da situação de simetria em que elas se encontram na posição original. Rawls sustenta que, se nós seleccionássemos qualquer uma das partes arbitrariamente, logo nós veríamos que nenhuma delas teria chance de ganhar para si alguma vantagem especial, assim como nenhuma delas concederia sequer uma desvantagem especial que a atingisse. Em outras palavras, parece ser evidente que, estando todas em perfeita simetria, nenhuma pessoa teria como esperar outra coisa, a princípio, senão uma parte igual na divisão dos bens sociais⁹² ou bens primários sociais⁹³. É preciso elucidar, antes de prosseguir, que bens primários são certos bens, naturais e sociais, de que qualquer pessoa precisa para realizar seu plano racional de vida; eles são meios necessários para qualquer projeto racional de vida que uma pessoa estabeleça para si⁹⁴. Naturais são os bens primários que não estão diretamente sob o controle da estrutura básica, embora sua posse seja influenciada por ela; são bens como saúde e vigor, inteligência e imaginação⁹⁵. Sociais são os bens primários que estão diretamente sob o controle da estrutura básica e que são objeto do acordo sobre distribuição; eles são coisas que as pessoas racionais querem independentemente do que mais elas queiram⁹⁶. Os bens primários de que a justiça como equidade trata são os bens primários sociais. Rawls os dispõe em categorias amplas⁹⁷: liberdade, oportunidade, renda, riqueza e as bases sociais da autoestima [*self-respect*]⁹⁸. As categorias de bens primários foram reformuladas pelo autor e compreendem: os direitos e liberdades fundamentais [*the basic rights and liberties*];

⁹² John Rawls, 1971, p. 150.

⁹³ John Rawls, 1999a, p. 130.

⁹⁴ John Rawls, 1971, p. 62, p. 93; *id.*, 1999a, p. 54.

⁹⁵ John Rawls, 1971, p. 62; *id.*, 1999a, p. 54.

⁹⁶ John Rawls, 1971, p. 92; *id.*, 1999a, p. 79.

⁹⁷ John Rawls, 1971, p. 92; *id.*, 1999a, p. 79.

⁹⁸ John Rawls, 1971, p. 62, p. 92, p. 303; *id.*, 1999a, p. 54, p. 79.

liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num *background* de oportunidades diversas; direitos e prerrogativas de cargos e posições de autoridade e responsabilidade; renda e riqueza como meios para atingir fins; e as bases sociais do autorrespeito⁹⁹. A reformulação considera os bens primários de acordo com uma concepção política de justiça, isto é, como bens que atendem as necessidades de pessoas livres e iguais na qualidade de cidadãos¹⁰⁰.

Elucidado o que são bens primários sociais, voltemos ao raciocínio que leva as partes aos dois princípios. A intuição mais simples nos levaria a concluir que, estando em perfeita simetria, elas acordam inicialmente, como primeiro passo em direção à elaboração dos princípios de justiça, que a distribuição dos bens sociais ou bens primários sociais deve ser igual¹⁰¹. Rawls sustenta que, embora elas tenham razão para defender que a distribuição dos bens primários sociais deve ser igual, elas notam que não há razão para que esse ponto de concordância a que chegaram seja seu acordo final. Elas então se perguntam: “se há desigualdades na estrutura básica que funcionam para tornar todo mundo melhor ou mais abastado [*everybody better off*] em comparação com o marco de igualdade inicial, por que não as permitir?”¹⁰². Nas palavras da edição revisada: “se há desigualdades na renda e riqueza e diferenças na autoridade e graus de responsabilidade que funcionam para tornar todo mundo melhor ou mais abastado [*everybody better off*] em comparação com o marco de igualdade inicial, por que não as permitir?”¹⁰³. Com essa questão, Rawls enuncia uma das bases de sua concepção de justiça. As partes não admitem desigualdades entre si, a não ser que essas desigualdades funcionem para melhorar a situação de todos.

A admissão das desigualdades vantajosas para todos pelas partes da posição original é uma admissão que decorre de três razões. Essas são as razões da forma intuitiva do raciocínio. A primeira é a razão contida na própria pergunta que as partes se fazem. As desigualdades em questão são aceitas porque elas são vantajosas para todos. Não se trata

⁹⁹ John Rawls, 1982, p. 162; *id.*, 1999b, p. 362-363; *id.*, 2001, p. 55-57; *id.*, *ibid.*, p. 168-176.

¹⁰⁰ John Rawls, 2001, p. 60.

¹⁰¹ John Rawls, 1971, p. 150; *id.*, 1999a, p. 130.

¹⁰² John Rawls, 1971, p. 150. “If there are inequalities in the basic structure that work to make everyone better off in comparison with the benchmark of initial equality, why not permit them?”

¹⁰³ John Rawls, 1999a, p. 130-131. If there are inequalities in income and wealth, and differences in authority and degrees of responsibility, that work to make everyone better off in comparison to the benchmark of initial inequality, why not permit them?”

da aceitação da desigualdade em geral, mas apenas das desigualdades com as quais todos, sem exceção, ganhem. As outras duas são as razões apresentadas na sequência do questionamento das partes. Uma é a de que as partes concordam com as desigualdades em questão por elas conhecerem as circunstâncias da justiça¹⁰⁴. A outra é a de que as partes não hesitam em concordar com as desigualdades em questão por elas não serem movidas pela inveja¹⁰⁵. Vale observar que a razão das circunstâncias da justiça e a razão referida ao problema da inveja são razões contidas em conceitos mais amplos. As circunstâncias da justiça dizem respeito ao véu da ignorância e o problema da inveja diz respeito à racionalidade das partes. Aqui vai uma observação importante: tanto o véu da ignorância quanto a racionalidade das partes são características da posição original. Se minha compreensão da teoria estiver correta, esta é a sequência de derivações que procura mostrar que a desigualdade vantajosa para todos é uma decorrência da posição original: o véu da ignorância e a racionalidade das partes caracterizam a posição original; o véu da ignorância permite às partes o conhecimento das circunstâncias da justiça e isso as leva a aceitar as desigualdades vantajosas para todos; a racionalidade das partes, por sua vez, é incompatível com a tendência psicológica da inveja e isso as leva a não hesitar em concordar com as desigualdades vantajosas para todos. Levando em consideração que essas razões derivam da posição original, é possível afirmar, portanto, que Rawls apresenta duas razões intuitivas: a razão da vantagem da desigualdade, contida no questionamento; e a razão da caracterização equitativa da posição original, que contém as razões das circunstâncias da justiça, noção relacionada ao véu da ignorância, e da não-motivação pela inveja, noção relacionada à racionalidade das partes.

Por essas razões, portanto, as partes concordam que a distribuição dos bens primários sociais deve ser igual, mas elas também concordam que desigualdades na estrutura básica que venham a funcionar para tornar todo mundo melhor ou mais abastado [*everybody better off*] em comparação com o marco de igualdade inicial devem ser permitidas. Como as desigualdades só são admitidas por todos na posição original se elas melhorarem a situação de todos na estrutura básica a se revelar quando da total retirada do véu da ignorância, todos na posição original concordam que as

¹⁰⁴ John Rawls, 1971, p. 151; *id.*, 1999a, p. 131.

¹⁰⁵ John Rawls, 1971, p. 151; *id.*, 1999a, p. 131.

desigualdades são permitidas se elas forem vantajosas para os que se encontrarem na posição menos favorecida da estrutura básica¹⁰⁶. Pois bem, o que se tem aqui é a elaboração da concepção geral de justiça. A concepção geral de justiça da teoria da justiça como equidade é apresentada por Rawls nesses termos:

Concepção Geral. Todos os bens primários sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases do autorrespeito – devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de algum ou de todos esses bens seja para a vantagem dos menos favorecidos¹⁰⁷.

Alguma questão poderia surgir do fato de não haver, na edição revisada de *A theory of justice*, a enunciação da concepção geral de justiça no parágrafo da formulação final dos princípios de justiça tal como a encontramos na edição original¹⁰⁸. O papel desempenhado pela concepção geral continua tão importante na edição original quanto na edição revisada. Isso se depreende da estrutura da obra. A ausência da concepção geral na enunciação final, sustento, se deve ao fato de os dois princípios serem uma elaboração das partes posterior à concepção geral e não o contrário. Sua ausência na enunciação final é mais uma questão de apresentação do que uma modificação de sentido. A justiça como equidade em sua formulação original, seja como consta na edição original, seja como consta na edição revisada de *A theory of justice*, inclui a concepção geral de justiça¹⁰⁹. Na reformulação da teoria, Rawls modifica a organização dos argumentos a favor dos dois princípios como expressão de modificação dos fundamentos da concepção de justiça¹¹⁰. Por isso, a concepção geral de justiça deixa de ser enunciada. Feita essa observação, prossigamos compreendendo o raciocínio que leva as partes aos dois princípios de justiça que rege a estrutura básica, inclusive a constituição, na teoria clássica de Rawls.

As partes, então, chegaram à concepção geral de justiça, mas elas novamente não têm razão para pensar que esse seja seu acordo final. A concepção geral permite quaisquer desigualdades que sejam vantajosas para todos, mas as partes logo percebem que a única constrição, a da vantagem para todos, é insuficiente. Ela praticamente não impõe

¹⁰⁶ Esse raciocínio relativo a essa afirmação é desenvolvido na seção 1.3.2.

¹⁰⁷ John Rawls, 1971, p. 303. “*General conception.* All social primary goods – liberty and opportunity, income and wealth, and the bases of self-respect – are to be distributed equally, unless an unequal distribution of any or all of these goods is to the advantage of the least favored.”

¹⁰⁸ John Rawls, 1999a, p. 267.

¹⁰⁹ John Rawls, 1971, p. 62; *id.*, 1999a, p. 54.

¹¹⁰ John Rawls, 2001, p. xvi; *id.*, *ibid.*, p. 80-134.

constrições sobre que tipos de desigualdades são permitidos¹¹¹. O receio das partes é o de que qualquer desigualdade se justifique em nome da vantagem de todos. Esse receio decorre do modo de como as partes se caracterizam na posição original. Elas se caracterizam por serem não só iguais entre si, mas também por serem pessoas livres. As pessoas livres têm “[...] um interesse da mais alta ordem em como todos os seus outros interesses, incluindo até mesmo os fundamentais, são moldados e regulados pelas instituições sociais”¹¹²; elas “[...] concebem a si mesmas como seres que podem revisar e alterar seus fins últimos e que dão prioridade alfa à preservação de sua liberdade nessas questões”¹¹³. Embora elas não se identifiquem com um complexo específico de interesses a alcançar num certo tempo, elas querem a garantia de que elas possam se identificar com um e afirmam que essa identificação deve ser formada em condições livres¹¹⁴. Com efeito, o véu da ignorância impede que as partes conheçam seus interesses específicos, mas não que elas saibam que elas mesmas e as demais os possuem. Elas, por exemplo, não sabem de seus interesses religiosos: elas não sabem se acreditam em alguma religião ou, se acreditarem, elas não sabem em que religião elas acreditam. As partes sabem, no entanto, que elas não querem ser obrigadas a negar sua profissão de fé nem serem obrigadas a pronunciar um discurso de fé, isto é, abrir mão de sua liberdade, para, por exemplo, receber um salário mais vantajoso. As partes pensam em inúmeras outras hipóteses, como os da integridade física, da integridade psicológica, da convicção filosófica, da liberdade sexual, da propriedade pessoal, da livre locomoção, da privacidade e de tantas outras. O raciocínio das partes na posição original é o de que é necessário garantir os interesses fundamentais e, para tanto, elas devem ranquear a garantia da liberdade de forma prioritária, uma vez que, somente assim, os interesses fundamentais estarão protegidos¹¹⁵. As partes estabelecem a especificação da concepção geral: os dois princípios surgem com o estabelecimento da prioridade da liberdade igual.

¹¹¹ John Rawls, 1971, p. 150.

¹¹² John Rawls, 1999a, p. 131. “Very roughly the parties regard themselves as having a highest-order interest in how all their other interests, including even their fundamental ones, are shaped and regulated by social institutions.”

¹¹³ John Rawls, 1999a, p. 131-132. “Rather, free persons conceive themselves as beings who can revise and alter their final ends and who give first priority to preserve their liberty in these matters”.

¹¹⁴ John Rawls, 1999a, 131.

¹¹⁵ John Rawls, 1999a, 131.

A passagem da concepção geral à concepção especial, isto é, o estabelecimento dos dois princípios em ordem serial pressupõe que as circunstâncias sociais permitam a realização efetiva das liberdades iguais como previsto pelo princípio prioritário. Rawls supõe que a limitação das liberdades iguais seja admitida apenas mediante duas constatações cumulativas: (1) a constatação de que as circunstâncias sociais não permitam seu estabelecimento efetivo e (2) a constatação de que a limitação seja necessária para preparar o tempo em que as limitações não sejam mais justificáveis. Em outras palavras, essas condições cumulativas significam, para Rawls, que a negação das liberdades iguais só poderia ser defendida quando ela fosse imprescindível para mudar as condições de civilização em direção à liberdade, isto é, em direção ao tempo certo em que essas liberdades pudessem ser gozadas. Acontece que as partes estão sob o véu da ignorância: elas não conhecem as especificidades da sociedade a que pertencem; elas não sabem qual o grau de civilização ou desenvolvimento da sociedade a que estão vinculadas. É por isso, diz Rawls, que as partes assumem uma de duas alternativas possíveis. Quando elas passam a adotar os dois princípios em ordem serial: (1) elas presumem que as condições de sua sociedade *já permitem* a realização efetiva das liberdades iguais; ou (2) elas presumem que as condições de sua sociedade *são suficientemente favoráveis para permitir* a realização efetiva das liberdades iguais, de modo que o primeiro princípio aponta, nesse caso, para as mais urgentes mudanças e para os modos preferidos de alcançar a situação social que permita sua instituição. As partes não concedem abrir mão da prioridade da liberdade, como uma leitura apressada poderia fazer supor. A distinção está no fato de que, quando o véu da ignorância for retirado, ou a liberdade igual será parte de sistema normativo que já encontra condições sociais de fácil efetivação ou ela será parte de um sistema normativo que demandará mais esforços de mudança social, esforços com os quais os membros sociais já se comprometeram, tendo em vista a efetivação da liberdade igual que eles querem, com urgência, realizar.

Essa forma de colocar as coisas é mais coerente com a posição original do que a forma encontrada na primeira edição, de acordo com a qual seria necessário abrir uma exceção e presumir que as partes conhecessem as condições de sua sociedade. Assim, a passagem para os dois princípios em ordem serial não é a tendência de longo prazo da concepção geral, como diz Rawls na edição original, uma vez que, com uma ou outra

presunção, ela é realizada *de uma vez por todas* na posição original. O que se torna tendência de longo prazo é a completa realização dos dois princípios em condições sociais razoavelmente favoráveis. Desse modo, as partes superam o problema principal da concepção geral na visão de Rawls: a permissão, agora proibida pela ordem serial, de que liberdades básicas pudessem ser trocadas por benefícios econômicos e sociais. Como o acordo das partes quanto à ordem serial, a concepção geral se transforma em concepção especial de justiça, isto é, nos dois princípios de justiça. Vários ajustes precisarão ser feitos, mas, *provisória e intuitivamente*, os dois princípios de justiça são enunciados da forma que se segue:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual à liberdade básica ou fundamental mais extensa [*to the most extensive basic liberty*], compatível com uma liberdade semelhante para os outros.

Segundo: desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que elas sejam tanto (a) razoavelmente esperadas serem para a vantagem de todo mundo [*to everyone's advantage*] quanto (b) vinculadas a posições e cargos abertos a todos [*open to all*]¹¹⁶.

Essa é a forma como os dois princípios são enunciados provisoriamente. O raciocínio intuitivo das partes chega a esse enunciado que é apenas a *primeira aproximação* dos dois princípios. O raciocínio sistemático, que será visto a seguir, também conduz a essa primeira aproximação. O raciocínio intuitivo e o raciocínio sistemático são as duas formas de apresentação da primeira via que leva aos dois princípios. Sustento que a observação atenta da obra de Rawls mostra que, em suas duas formas de apresentação, a primeira via leva a esse enunciado dos dois princípios. Há, como eu disse anteriormente, outra via que leva aos dois princípios. É a segunda via que leva ao enunciado definitivo dos dois princípios. Nela, é que Rawls considera os problemas mais imediatos do enunciado desses princípios. Rawls considera ser preciso enunciar os termos da prioridade do primeiro princípio sobre o segundo, que não constam na citação acima, e considerar melhor o que vem a ser a “liberdade básica mais extensa” [*the most extensive basic liberty*]. Ele considera, ainda, ser preciso reelaborar trechos demasiadamente vagos, como “a vantagem de todo mundo” [*everyone's advantage*] e

¹¹⁶ John Rawls, 1971, p. 60. “First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.” Há variações no modo de enunciar, como pode ser visto nas passagens referidas a seguir. Cf. John Rawls, 1957, p. 653-654; *id.*, 1958, p. 165; *id.*, 1974, p. 142; *id.*, 1999a, p. 53; *id.*, 2001, p. 42; *id.*, 2005, p. 5-6.

abertos a todos [*open to all*]. Essa, portanto, não é a enunciação definitiva dos dois princípios em ordem serial no contexto da teoria como originalmente concebida.

1.3.2 A forma sistemática do raciocínio que leva aos dois princípios da justiça: a analogia a ou a relação com a regra de escolha maximin em situação de incerteza

Devo lembrar que nós estamos em busca da compreensão da situação da constituição no contexto da teoria da justiça como equidade, isto é, da teoria contratual que propõe dois princípios para o arranjo da estrutura básica da sociedade. Para que essa compreensão seja alcançada, foi visto como as partes chegam intuitivamente à primeira aproximação dos dois princípios de justiça. Agora, é preciso ver como se torna possível chegar a essa aproximação de forma não intuitiva. Rawls se refere a essa forma de várias maneiras: “argumentar a favor deles [dos dois princípios] mais sistematicamente”¹¹⁷; de “argumento decisivo do ponto de vista da posição original”¹¹⁸ e de “estrutura qualitativa do argumento que precisa ser feita, se o conjunto de argumentos a seu favor [a favor dos dois princípios] quiser ser conclusivo”¹¹⁹. Vou preferir chamar essa forma de chegar aos dois princípios de argumentação sistemática ou de forma sistemática do raciocínio por ela ser parte de uma teoria que sistematiza soluções para uma situação incerta. A argumentação sistemática que leva aos dois princípios consiste na regra maximin para decisões em situação de incerteza. A importância da argumentação sistemática que leva aos dois princípios pode ser depreendida não só do fato de críticos¹²⁰ considerarem a teoria da justiça como equidade uma solução maximin para o problema da justiça social, mas também do fato de a própria estabilidade da teoria, isto é, sua possibilidade de orientar um arranjo distributivo entre gerações, depender da estabilidade desse critério¹²¹. Compreender adequadamente a posição da constituição na

¹¹⁷ John Rawls, 1971, p. 152; *id.*, 1999a, p. 132.

¹¹⁸ John Rawls, 1971, p. 152; *id.*, 1999a, p. 132.

¹¹⁹ John Rawls, 1971, p. 150; *id.*, 1999a, p. 130.

¹²⁰ Kenneth Joseph Arrow, 1973a, p. 249-252; Richard Abel Musgrave, 1974, p. 625-632; John Charles Harsanyi, 1975, p. 594-606; Douglas Rae, 1975, p. 630; Lawrence Crocker, 1977, p. 262-266; Edmund Strother Phelps, Jr. and John Graham Riley, 1978, p. 104; Serge-Christophe Kolm, 1996, p. 77; *id.*, *ibid.*, p. 153-160; *id.*, *ibid.*, p. 175-187.

¹²¹ Kenneth Joseph Arrow, 1973b, p. 323-335; Guillermo Calvo, 1978, p. 97; Peter Murrell, 1980, p. 15-24; Alvaro Rodriguez, 1981, p. 599-605; Paul Grout, 1982, p. 121-126; Wolfgang Leininger, 1985, p. 505-513.

teoria da justiça como equidade pressupõe, portanto, compreender o raciocínio sistemático que leva aos dois princípios.

A argumentação sistemática que leva aos dois princípios consiste numa analogia ou numa relação. Rawls argumenta que “há uma analogia entre os dois princípios e a regra maximin para escolha sob a incerteza”¹²² ou que “há uma relação entre os dois princípios e a regra maximin para escolha sob a incerteza”¹²³. Há uma analogia ou relação, não entre os dois princípios e a regra maximin, mas entre a posição original da justiça como equidade e seu resultado, de um lado, e outra situação e seu resultado, de outro lado. Rawls sustenta que as partes, na posição original da justiça como equidade, não assumem que um oponente malevolente decidirá seus lugares iniciais na sociedade, mas, se isso acontecesse, se elas fossem forçadas a se proteger contra uma contingência dessas, elas escolheriam os mesmos dois princípios de justiça: os dois princípios de justiça são os princípios que uma pessoa escolheria para projetar uma sociedade na qual ela fosse ter seu lugar estabelecido por seu pior inimigo¹²⁴. Rawls sustenta ser útil, como um expediente heurístico, pensar nos dois princípios *como* a solução maximin para o problema da justiça social¹²⁵. É, portanto, pela igualdade de resultado que se pode estabelecer a analogia e afirmar que os princípios em questão expressam uma solução decorrente da regra maximin. Em outras palavras, a decisão tomada pelas partes na posição original é análoga à decisão que segue a regra de escolha maximin para decisões em situação de incerteza.

A regra maximin é um dos procedimentos estabelecidos pela teoria da decisão. A decisão pode ser entendida de forma genérica como um ato de escolha de uma possibilidade entre outras possibilidades, ato esse que põe fim a um estado psicológico de suspensão do juízo¹²⁶. A teoria da decisão que se relaciona com a teoria da justiça como equidade provém da teoria dos jogos. Embora ela provenha da teoria dos jogos, isto é, parte de seu aparato seja transferida da teoria dos jogos, a teoria da decisão não se

¹²² John Rawls, 1971, p. 152. “There is an analogy between the two principles and the maximin rule for choice under uncertainty”.

¹²³ John Rawls, 1999a, p. 132. “There is a relation between the two principles and the maximin rule for choice under uncertainty”.

¹²⁴ John Rawls, 1971, p. 152; *id.*, 1999a, p. 132-133.

¹²⁵ John Rawls, 1971, p. 152; *id.*, 1999a, p. 132-133.

¹²⁶ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, 2007, p. 325.

confunde com a teoria dos jogos, como observa William Baumol¹²⁷. A distinção mais importante é a de que o objeto da teoria da decisão é a incerteza, ao passo que o objeto da teoria dos jogos é o risco. A distinção entre incerteza e risco é estabelecida inicialmente por Frank Knight, para quem, essencialmente, a incerteza é um conceito qualitativo, ao passo que o risco é um conceito quantitativo¹²⁸. Seguindo a distinção de Knight, Baumol observa que o risco é aquilo que “se refere a situações nas quais o resultado não é certo, mas onde as probabilidades dos resultados alternativos são conhecidas ou podem ser ao menos estimadas”¹²⁹, ao passo que a incerteza é aquilo que “está presente onde os resultados desconhecidos não podem ser sequer previstos em termos probabilísticos, isto é, ela se refere a contingências contra as quais a gente não pode se proteger com base em princípios ordinários de segurança”¹³⁰. Seguindo a mesma linha, Robert Duncan Luce e Howard Raiffa notam que há certeza quando se sabe que uma ação leva invariavelmente a um resultado específico; que há risco quando uma ação leva a um conjunto de resultados específicos possíveis com uma probabilidade conhecida e que há incerteza quando uma ação tem como sua consequência um conjunto de resultados específicos possíveis, mas cujas probabilidades são completamente desconhecidas ou não são sequer significativas¹³¹.

Da distinção entre risco e incerteza, resulta a segunda distinção¹³²: na teoria dos jogos, o problema da escolha é analisado com a ajuda da teoria da utilidade, ao passo que, na teoria da decisão, o problema da escolha não é analisado dessa forma. Isso acontece porque, na teoria dos jogos, a escolha se dirige à maior probabilidade esperada, isto é, à alternativa cuja utilidade média ponderada por sua probabilidade de ocorrência é maior.

¹²⁷ William Joseph Baumol, 1970, p. 550. Há autor que parece confundir ou não distinguir teoria da decisão com teoria dos jogos: cf. Charles A. Holloway, 1979, p. 3-11.

¹²⁸ Frank Hyneman Knight, 1967, p. 20. Para a distinção com base em tipos de probabilidade, cf. Frank Hyneman Knight, *ibid.*, p. 224-232. Cf. Frank Hyneman Knight, *ibid.*, p. 347-375, para a relação entre incerteza e progresso e entre incerteza e aspectos sociais.

¹²⁹ William Joseph Baumol, 1970, p. 550. “Risk refers to situations in which the outcomes are known, or can at least be estimated”.

¹³⁰ William Joseph Baumol, 1970, p. 550. “Uncertainty is present where the unknown outcomes cannot even be predicted in probabilistic terms, that is, it refers to contingencies against which one cannot protect oneself on ordinary insurance principles”.

¹³¹ Robert Duncan Luce e Howard Raiffa, 1957, p. 13. “We shall say that we are in the realm of decision making under: (a) *Certainty* if each action is known to lead inevitably to a specific outcome [...]. (b) *Risk* if each action leads to one set of possible specific outcomes, each outcome occurring with a known probability. [...]. (c) *Uncertainty* if either action or both has as its consequence a set of possible outcomes, but where the probabilities of these outcomes are completely unknown or are not even meaningful”.

¹³² William Joseph Baumol, 1970, p. 550.

Já na teoria da decisão a escolha é feita em situação de incerteza, isto é, numa situação na qual os elementos requeridos para o cálculo de utilidade não estão disponíveis.

Essas duas distinções são coerentes com a terceira distinção apresentada por Baumol¹³³. Tomemos o caso-padrão de uma partida disputada entre dois competidores. Há mais previsibilidade em relação ao comportamento do outro jogador numa situação analisável pela teoria dos jogos do que numa situação analisável pela teoria da decisão. A razão de isso acontecer é que, na teoria dos jogos, a partida analisada é disputada entre duas pessoas, ao passo que, na teoria da decisão, a partida analisada é disputada entre uma pessoa e a natureza. A decisão é tomada no contexto de “jogos contra a natureza”. São situações em que, como dizem Luce e Raiffa, se busca uma decisão quando “o estado do mundo”¹³⁴ é desconhecido ou em que, como diz B. W. Lindgren, há “problemas sem dados [objetivos]”¹³⁵.

Essas distinções estão na base de duas outras, que se relacionam aos casos-padrões estudados pelas duas teorias e à redutibilidade das hipóteses de ação a uma matriz sucinta. O caso-padrão da teoria dos jogos é o do jogo de soma zero disputado por duas pessoas dotadas de racionalidade, ao passo que o caso-padrão da teoria da decisão é o caso da completa ignorância. O jogo de soma zero é aquele em que os competidores disputam uma participação ou uma fatia do total, de forma que cada ponto percentual ganho por um competidor corresponde necessariamente a um ponto percentual perdido por outro competidor. Baumol dá o exemplo de duas firmas que competem por sua maior participação no mercado: a fatia do mercado ganha por uma delas equivale à fatia do mercado perdida pela outra. O jogo em questão é chamado de “soma zero” porque, independentemente do que os competidores façam, o ganho total na participação do mercado é zero: o ganho de um é sempre a perda do outro¹³⁶. A racionalidade dos competidores, por sua vez, pode ser definida como a capacidade de adequação dos

¹³³ William Joseph Baumol, 1970, p. 551.

¹³⁴ Robert Duncan Luce e Howard Raiffa, 1957, p. 14. “[...] decision making under uncertainty [...] is typified by the problem of the statistician attempting to reach a decision when the ‘state of the world’ is unknown, and the problem of mixed uncertainty and risk when the uncertainty can be reduced at the cost of experimentation”. Tradução: “[...] a tomada de decisão sob a incerteza [...] é tipificada pelo problema da tentativa estatística de chegar a uma decisão quando o ‘estado do mundo’ é desconhecido e [pelo] problema de incerteza e risco misturados quando a incerteza pode ser reduzida a custo de experimentação”.

¹³⁵ B. W. Lindgren, 1971, p. 65.

¹³⁶ William Joseph Baumol, 1970, p. 530.

meios disponíveis aos fins pretendidos¹³⁷. Não obstante, a teoria dos jogos também estuda situações com n competidores e situações de soma não-zero. Um jogo de soma não-zero é aquele em que os competidores não disputam uma participação ou fatia do total, de forma que o ponto ganho por um competidor não corresponde a um ponto perdido por outro competidor. As escolhas feitas pelas firmas do exemplo anterior podem aumentar ou diminuir o tamanho total de seu mercado, bem como aumentar ou diminuir o lucro conjunto das duas firmas. Se o objetivo das firmas não for disputar seu percentual de participação no mercado, mas a maximização de seus lucros ou de suas vendas, o jogo deixa de ser de soma zero e passa a ser de soma não-zero. Assim, é o objetivo das firmas ou dos competidores que torna uma situação semelhante à de um jogo de soma zero ou de soma não-zero¹³⁸, um jogo competitivo ou um jogo cooperativo. Prosseguindo, como o jogo é definido por suas regras e as partes são definidas como pessoas dotadas de racionalidade na disputa, as possibilidades de ação dos competidores são previsíveis em termos objetivos. É possível traduzir, portanto, os resultados objetivamente possíveis em termos de utilidade numa matriz concisa de resultados. Por sua vez, o caso-padrão da teoria da decisão é o caso da *completa ignorância*. No caso da completa ignorância, quem toma a decisão não tem nenhuma informação do que especificamente o outro competidor pode fazer na situação analisada. Não se trata de um jogo de soma zero disputado por competidores racionais de comportamento previsível para determinado contexto. Embora o outro competidor, a natureza, aja obedecendo a regras conhecidas, suas possibilidades de ação são tantas que a tradução dos resultados objetivamente possíveis numa matriz concisa de resultados torna-se impossível.

Gostaria de mencionar uma importante consideração feita por Baumol sobre o caso da completa ignorância e sua possibilidade de tradução numa matriz concisa. Embora o tomador de decisão não tenha como prever as ações específicas do outro competidor em termos objetivos e assim as reduzir numa matriz concisa de resultados, o caso-padrão da teoria da decisão assume que o tomador de decisão tem à sua disposição outras informações. São conhecimentos de um tipo diferente daquele suposto pela teoria dos jogos e de que o domador de decisão se vale para traduzir seu problema numa matriz.

¹³⁷ Ronaldo Fiani, 2006, p. 13.

¹³⁸ William Joseph Baumol, 1970, p. 530.

Assim, três elementos devem ser levados em conta. Primeiro, a teoria da decisão considera que o tomador de decisão possa ter à sua disposição uma lista de estratégias alternativas abertas a ele e à natureza, que podem ser confrontadas aos *pares*, isto é, duas a cada vez. O tomador de decisão escolhe uma estratégia dentre estratégias disponíveis ou faz uma combinação entre estratégias, o que resulta numa nova estratégia. Além disso, a teoria da decisão considera que o tomador conheça a magnitude de todos os elementos da matriz de resultados. Enfim, isso é possível não porque o jogador tenha informações sobre o outro competidor, mas porque o jogador, como eu disse anteriormente, tem um tipo distinto de informações à sua disposição: *informações sobre si mesmo*. Elas são informações sobre: (1) sua própria atitude em relação a apostas, isto é, sua constituição psicológica em relação a incertezas, e (2) sua situação financeira, isto é, sua referência de estabelecimento de significado para ganhos e perdas. Essas duas informações sobre si mesmo são *condições de validade* para quaisquer regras de tomada de decisão racional em situação de incerteza.

As distinções vistas até o momento permitem compreender melhor o âmbito de atuação da teoria da decisão. Resta, agora, saber quais regras ela propõe para lidar com o jogo contra a natureza, com a situação de incerteza, com o caso de completa ignorância. Mediante as ressalvas de que as atitudes diante da sorte (constituição psicológica do tomador de decisão) e as circunstâncias financeiras (referência de ganhos e perdas) diferem de pessoa para pessoa e de que, por isso mesmo, não pode haver uma regra universalmente válida que diga a um jogador como escolher entre as estratégias que se abrem para ele, Baumol apresenta alguns critérios de decisão em situação de incerteza¹³⁹. Elas provêm da teoria dos jogos, mas seu objeto de análise e os demais elementos de seu contexto de aplicação são totalmente diferentes; basta lembrar que essas regras lidam agora com informações sobre o próprio tomador de decisão e não sobre o oponente. Tendo claras essas distinções, as principais regras de decisão em situação de incerteza são: o critério maximin, o critério maximax, o critério α de Hurwicz, o critério de Bayes (ou de Laplace), o critério de arrependimento minimax, o critério de estratégias misturadas¹⁴⁰. Menciono as várias regras possíveis para escolha de

¹³⁹ William Joseph Baumol, 1970, p. 552.

¹⁴⁰ William Joseph Baumol, 1970, p. 552-558.

estratégias alternativas para colocar em evidência *sua variedade*, mas gostaria de concentrar-me no momento na descrição da regra maximin.

O termo “maximin” é a forma sintética da expressão latina *maximum minimorum*, que significa, de forma literal, o máximo dos mínimos. Considerando-se um conjunto de estratégias com vários resultados possíveis cada uma, a regra maximin prescreve que seja escolhida aquela cujo menor resultado seja superior ao menor resultado das demais. A preferência da regra maximin é pelo valor mais alto dentre os valores mais seguros disponíveis. Suponhamos um jogo de soma zero com dois competidores. Suponhamos, ainda, a matriz de estratégias abaixo com as utilidades do competidor *A* para cada par de escolhas:

Tabela 1 – matriz ilustrativa da teoria dos jogos

<i>Estratégias de A</i>	<i>Estratégias de B</i>		
	<i>1</i>	<i>2</i>	<i>3</i>
<i>1</i>	120	80	5
<i>2</i>	32	100	26
<i>3</i>	65	8	98

Se *A* quiser seguir a regra maximin, *A* deverá escolher a estratégia 2. Essa deverá ser sua escolha porque o pior resultado dessa estratégia é superior ao pior resultado das demais. Seu resultado mais seguro será conseguir 26 unidades de utilidade de retorno. A visão pessimista de *A* é a de que, se ele escolhesse ou a estratégia 1 ou a estratégia 3, ele poderia ter retornos ainda mais baixos: ou 5 ou 8. Esses números são bastante abstratos. Essa abstração abre espaço para sua aplicação, por exemplo, no campo econômico. Suponhamos uma empresa *A*, que concorra com outra empresa *B* no mercado de chocolates. Suponhamos, ainda, que ela planeja mudar a cor predominante da embalagem de seu principal bombom. Ela dispõe de dados sobre a preferência dos consumidores a esse respeito e, com base neles, elabora uma matriz que compara os resultados em termos de retorno de utilidade para cada possível nova embalagem. Cada possível embalagem é uma estratégia em relação a estratégias que a outra empresa pode adotar. Como a empresa *A* prefere garantir um resultado seguro diante das possíveis

estratégias de sua concorrente, ela escolhe a embalagem equivalente à estratégia 2 que, na pior das hipóteses, prevê o retorno garantido de 26 unidades de utilidade. Portanto, a regra *maximin* prescreve a escolha da situação que possua o *máximo* retorno dentre os *mínimos* retornos possíveis.

A regra maximin orienta especialmente a escolha numa situação que corresponde à situação-padrão da teoria dos jogos, o jogo de soma zero com dois competidores dotados de racionalidade. Nessa situação, dados objetivos são conhecidos e embasam a construção da matriz de resultados. A regra maximin pode, contudo, orientar a escolha em outras situações. A regra maximin pode orientar a escolha de uma estratégia numa situação de incerteza. Ela é a regra mais conservadora dentre das regras de escolha disponíveis na teoria dos jogos e ela assim permanece na teoria da decisão. Ela, agora, leva em conta dados sobre a psicologia do tomador de decisão e sua referência para perdas e ganhos. Com as distinções próprias da teoria da decisão, consideremos uma matriz de resultados que relacione decisões e circunstâncias:

Tabela 2 – matriz ilustrativa da teoria da decisão

<i>Decisões</i>	<i>Circunstâncias</i>		
	<i>1</i>	<i>2</i>	<i>3</i>
<i>1</i>	1	60	120
<i>2</i>	38	99	24
<i>3</i>	81	27	88

Essa matriz é apenas aparentemente igual à matriz ilustrativa da teoria dos jogos. Seus dados decorrentes de *informações sobre si mesmo* e dirigidos a um oponente diverso do oponente marcadamente “malevolente” encontrado no caso-padrão da teoria dos jogos serão analisados pela regra maximin. Os dados sobre si mesmo, isto é, a constituição psicologia do próprio tomador de decisão e sua referência própria de perdas e ganhos, poderão levar o tomador, diante de sua constatação subjetiva da relação entre decisões e circunstâncias, a adotar a regra maximin e, assim, tomar a decisão 3. Essa decisão é

tomada em situação de incerteza, sem previsibilidade possível em relação às circunstâncias.

A teoria da decisão¹⁴¹ está na base da formulação do argumento sistemático de Rawls a favor dos dois princípios. Ela é a teoria em que se situa o pensamento intuitivo levado a cabo pelas partes na posição original. O raciocínio sistemático ou a argumentação sistemática que leva aos dois princípios consiste precisamente na teoria em que se situa a argumentação intuitiva realizada pelas partes na posição original. A argumentação intuitiva desenvolvida pelas partes na posição original se situa no âmbito da teoria da decisão e não no da teoria dos jogos¹⁴².

As pessoas na posição original, assim, estando em situação de incerteza, decidem adotar uma concepção de justiça que garanta que a pior posição social e a pior posição econômica da sociedade de que fazem parte sejam melhores do que a pior posição social e a pior posição econômica de qualquer outra sociedade. Elas decidem adotar, portanto, os princípios de justiça que garantam que disparidades serão aceitas apenas se forem vantajosas para quem se encontrar na situação menos favorecida. Na matriz de possibilidades estruturada em condição de incerteza, as partes seguem um raciocínio que leva à escolha de princípios que garantem para si, caso elas se descubram na situação social menos favorecida, o *máximo* retorno em termos sociais e econômicos dentre os *mínimos* retornos possíveis.

Os princípios que garantem a melhor situação possível para a posição menos favorecida da estrutura básica também garantem a melhor situação possível em termos de direitos e liberdades fundamentais para qualquer posição da estrutura básica, quando comparada com a situação possível das demais estruturas básicas. As partes adotam o conjunto de princípios com vistas a garantir que seja assegurado a todos, independentemente de sua sorte na loteria natural e na loteria socioeconômica, o mesmo direito à liberdade fundamental mais extensa que seja compatível com uma liberdade semelhante para as outras pessoas. Cobertas pelo véu da ignorância, em situação de imparcialidade e de

¹⁴¹ Frank Hyneman Knight, 1921; William Joseph Baumol, 1970; Robert Duncan Luce e Howard Raiffa, 1957; B. W. Lindgren, 1971. Sobre a história da teoria dos jogos, precursora da teoria da decisão, cf. [...].

¹⁴² Vários autores consideram que Rawls embasa sua concepção de justiça na teoria dos jogos. Entre eles, Otfried Höffe, 2006; Sebastiano Maffettone; Salvatore Veca, 2005.

incerteza, as partes querem garantir a possibilidade de realização de seus também ignorados projetos racionais de vida, independentemente de seus dotes, habilidades, propensões psicológicas, crenças, convicções, posições de *status*, acervo patrimonial, ou quaisquer outros resultados proporcionados pelas loterias natural e socioeconômica. Em meio à incerteza da posição original, as partes preferem uma concepção de justiça que lhes garanta, na constituição a ser elaborada, prioridade para a maior liberdade igual.

1.4 A convenção constitucional: estágio seguinte à escolha dos princípios de justiça

Compreender o raciocínio que leva aos dois princípios requereu que nós acompanhássemos tanto o raciocínio intuitivo que as partes desenvolvem nas condições da posição original quanto sua correspondência teórica, o raciocínio maximin em situação de incerteza descrito pela teoria da decisão. Isso é importante para compreender a concepção que rege, na teoria da justiça como equidade, a elaboração e a interpretação da constituição de uma sociedade justa. Para compreender como a constituição é abordada na justiça como equidade, foi visto não só como as partes decidem sobre os princípios da justiça na posição original e quais são esses princípios numa primeira aproximação, mas também que a justiça como equidade é uma teoria que tem como objeto a estrutura básica da sociedade e que a constituição é a primeira parte da estrutura básica. Em tendo sido visto isso, faz-se necessário entender como a constituição se relaciona com os princípios de justiça nos quadros da teoria em questão. Eu gostaria de reforçar que essa preocupação em caracterizar a constituição no contexto original da *justiça como equidade*, com peculiaridades distintas da constituição caracterizada no contexto do *liberalismo político* parece escapar a autores que consideram as contribuições de Rawls para a teoria da constituição¹⁴³.

A relação entre a constituição e os princípios de justiça é estabelecida num contexto mais amplo de construção da teoria da justiça como equidade. A solução do problema da escolha dos princípios não resolve ainda o desafio que a teoria estabelece para si, pois é preciso resolver o problema da *aplicação* dos princípios. Faz-se necessário uma

¹⁴³ José Joaquim Gomes Canotilho, 2003, p. 1359-1360; *id.*, *ibid.*, p. 1405; Frank Isaac Michelman, 2004, p. 1407-1420.

descrição de como as principais instituições sociais podem realizar a concepção de justiça acordada na posição original. Ao descrever uma instituição como a constituição, a intenção de Rawls é mostrar que os princípios de justiça definem uma concepção política não só razoavelmente compatível com nossos juízos mais refletidos, mas também *praticável*. Assim, a descrição das principais instituições de uma democracia constitucional cumpre a função de *ilustrar* o conteúdo desses princípios e não de sustentar que os arranjos inerentes a uma democracia constitucional sejam os únicos arranjos justos possíveis sob a óptica da teoria¹⁴⁴. Em outras palavras, os termos da descrição da constituição na justiça como equidade são os termos de uma constituição idealmente compatível com os princípios igualmente ideais de justiça. Rawls procura enunciar, portanto, com base no crivo conceitual de uma concepção de justiça social pertencente ao liberalismo político, a da justiça como equidade, em que termos uma constituição poderia ser considerada justa.

Retomemos o que se passa na posição original. Uma vez estabelecidos os princípios de justiça, as partes poderiam retomar seus lugares na sociedade e sem delongas avaliar suas reivindicações em relação ao sistema social com base nesses princípios, isto é, poderiam aplicar diretamente os princípios às situações problemáticas. Essa possibilidade é compatível com a ideia de equilíbrio refletido [*reflected equilibrium*] contida na teoria. Rawls define o equilíbrio refletido ou equilíbrio reflexivo como o estado de coisas em que se procura ajustar a descrição da posição original e dos princípios nela acordados às nossas convicções ponderadas [*considered convictions*] sobre justiça e vice-versa, de forma que nós podemos revisar a descrição e seus princípios em função de nossas convicções e revisar nossas convicções em função da descrição e seus princípios até que os dois lados se adequem, pois tanto a descrição e seus princípios quanto nossas convicções são tidas como provisórias e sujeitas a revisões¹⁴⁵. Rawls lembra que o equilíbrio refletido não é necessariamente estável, pois maiores exames da posição original e casos particulares podem nos levar a rever nossos julgamentos sobre os dois lados¹⁴⁶. Trata-se, assim, inicialmente, de um autoexame que revisa constantemente a relação entre os princípios que nós adotamos e os julgamentos das situações com as quais nós nos deparamos, pois mesmo que as situações se

¹⁴⁴ John Rawls, 1971, p. 195; *id.*, 1999a, p. 171.

¹⁴⁵ John Rawls, 1971, p. 20.

¹⁴⁶ John Rawls, 1971, p. 20-21.

encaixem perfeitamente nas nossas convicções ponderadas e nos princípios afirmados, o conhecimento desses princípios pode sugerir novas reflexões que nos levem a revisar nossos julgamentos e proceder de modo diferente perante as mesmas ou perante novas situações¹⁴⁷. O equilíbrio refletido nos coloca na posição original e nos convida a refletir se, naquelas condições, nós elaboraríamos os princípios de justiça nos termos em que eles nos são apresentados, assim como, do ponto de vista das partes, o equilíbrio refletido as faz pensar se os princípios que elas mesmas sustentam na posição original poderiam ser aplicados a elas mesmas na vida prática, quando da completa retirada do véu da ignorância. Rawls posteriormente afirma que o equilíbrio reflexivo, em relação à teoria da justiça como equidade, não é o ponto de vista das partes na posição original, nem o dos cidadãos numa sociedade bem ordenada, mas o ponto de vista de nós mesmos: ele é o ponto de vista a partir do qual “você e eu”, diz Rawls, podemos avaliar a justiça como equidade e qualquer outra concepção política de justiça¹⁴⁸.

Como eu dizia há pouco, as partes na posição original poderiam aplicar diretamente os princípios da justiça às situações problemáticas e essa possibilidade é compatível com a ideia de equilíbrio refletido [*reflected equilibrium*] contida na teoria. Isso é assim porque o equilíbrio refletido atua procurando adequação em diversos graus de generalidade e particularidade, não obstante a possibilidade permanente de revisão¹⁴⁹. Rawls sugere, no entanto, que a avaliação dessas pretensões não é tão simples assim. Para mostrar isso, ele propõe que as complicações inerentes a essa avaliação possam ser enfrentadas por meio de um esquema. Em outras palavras, Rawls propõe que a concretização dos princípios seja visualizada em estágios intermediários, cada um deles representando um ponto apropriado de vista para que certos tipos de questões sejam considerados¹⁵⁰. O esquema de avaliação é composto por quatro estágios: o estágio da posição original, o estágio da convenção constitucional, o estágio legislativo e o estágio da aplicação de regras a casos particulares por juízes e administradores¹⁵¹. A constituição, portanto, aparece como a segunda instância no que o autor chama de “a sequência de quatro estágios” [*the four-stage sequence*].

¹⁴⁷ John Rawls, 1971, p. 48-49.

¹⁴⁸ John Rawls, 2005, p. 28.

¹⁴⁹ John Rawls, 2005, p. 8.

¹⁵⁰ John Rawls, 1971, p. 196; *id.*, 1999a, p. 172.

¹⁵¹ John Rawls, 1971, p. 195-201; *id.*, 1999a, p. 171-176.

O fato de a constituição ocupar a segunda posição na sequência descendente de quatro estágios expressa as dimensões de autoridade e normatividade da constituição: ela deve estar em conformidade com os princípios de justiça superiores a ela e deve conformar as demais normas jurídicas inferiores a ela. Isso significa que a descrição da constituição na justiça como equidade pressupõe essas dimensões consideradas pela teoria da constituição¹⁵², mas não é a elas que Rawls dirige sua atenção. Sua atenção é dada menos às questões relacionadas à hierarquia da constituição do que às providências a serem tomadas na convenção constitucional *com vistas à realização da justiça na parte da estrutura básica que lhe concerne*. Isso se depreende do raciocínio desenvolvido por Rawls na explicação da função do estágio da convenção constitucional. Rawls afirma que, uma vez definidos os princípios de justiça na posição original, *há a formação de um padrão independente de avaliação das principais instituições sociais, mas não há, ainda, a formação dessas instituições*. O estágio da convenção constitucional é responsável pela formação da primeira parte da estrutura básica: a constituição. Essas mesmas partes que decidiram sobre a concepção de justiça devem tomar sua decisão sobre a constituição na situação da convenção constitucional, que disponibiliza mais conhecimentos às partes do que a posição original. Como há uma concepção de justiça já estabelecida, os constituintes devem decidir sobre a justiça das formas políticas a serem instituídas: eles devem projetar um sistema de poderes constitucionais e de direitos básicos ou fundamentais em conformidade com a concepção de justiça já escolhida. Além disso, como é preciso lidar com diversas concepções políticas na elaboração do sistema de poderes constitucionais e de direitos básicos, os constituintes devem avaliar a justiça dos procedimentos de decisão a serem estabelecidos¹⁵³.

As atribuições requeridas das partes no estágio da convenção constitucional se relacionam não apenas à concepção de justiça estabelecida na posição original, mas também a uma concepção de constituição adequada ao contexto da teoria. A concepção de constituição é a que nos interessa mais diretamente agora. Dizer que a concepção de constituição é adequada ao contexto da teoria significa dizer que essa concepção faz uso de conceitos importantes usados na elaboração da própria teoria. A concepção de constituição é tema do capítulo que se segue.

¹⁵² Hans Kelsen, 1931, p. 576-628; *id.* 1960, *passim*; Konrad Hesse, 1959; *id.*, 1991; *id.*, 1999, p. 3-19; *id.*, 1992, p. 1-29; *id.*, *ibid.*, p. 55-78.

¹⁵³ John Rawls, 1971, p. 196-197; *id.*, 1999a, p. 172-173; *id.*, 1997, p. 212-213.

CAPÍTULO II

2 A constituição na justiça como equidade

Até o momento, nós abordamos pontos da teoria da justiça como equidade que nos permitem compreender mais adequadamente o contexto em que Rawls esboça uma descrição da constituição. Outros pontos ainda devem surgir, mas nós já temos agora subsídios suficientes para abordar de forma contextualizada a descrição da constituição, isto é, a teoria da constituição contida na teoria da justiça como equidade. Embora a teoria da constituição contida na teoria da justiça como equidade possa ser objeto de um interesse independente por parte da leitora e do leitor, devo lembrar que a compreensão da descrição da constituição tem o objetivo, neste estudo, de contribuir para a compreensão da questão relativa à caracterização do direito a um mínimo social como um direito inerentemente constitucional ou, na terminologia do liberalismo político, como um elemento constitucional essencial.

Tendo feito essas considerações, posso prosseguir e afirmar que a constituição é descrita por Rawls, pelo menos na teoria original da justiça como equidade, basicamente, como *um procedimento imperfeitamente justo, provavelmente efetivo e normativamente superior, cujas normas, direta ou indiretamente procedimentais, visam à garantia da liberdade igual dos cidadãos*. Ao sustentar que a constituição é compreendida por Rawls nesses termos, coloco em evidência três aspectos que considero essenciais na concepção de constituição sustentada na justiça como equidade: (1) o elemento do procedimento, (2) o elemento da liberdade e (3) o elemento da efetividade. Dito de outro modo, a constituição é um procedimento que traz consigo um critério independente de avaliação dos resultados que produz. Esse critério é prioritariamente a concepção de justiça em termos de liberdade igual. Com efeito, a posição hierarquicamente superior da constituição em relação a todas as normas é um componente da definição abrangido materialmente pelo elemento da liberdade (definida como prioritária pela teoria) e formalmente pela posição da constituição na sequência de quatro estágios. Suas normas são diretamente procedimentais na medida em que estabelecem o processo político em sentido amplo, isto é, o processo político em sentido estrito e o processo de elaboração legislativa (processo legislativo). Suas normas são indiretamente procedimentais na medida em que estabelecem os limites desse processo, isto é, estabelecem os direitos e liberdades fundamentais e outros expedientes clássicos

do constitucionalismo. As palavras com que procuro sintetizar a compreensão de Rawls, pelo menos como eu a interpreto, trazem consigo uma dimensão semântica bem situada no âmbito de sua teoria. Não se deve tomar a descrição da concepção de constituição na teoria da justiça como equidade fora de seu contexto de enunciação. Em tempo, sublinho que analisar os conceitos de procedimento, de liberdade e de efetividade no âmbito da teoria em questão nos fornecerá subsídios para compreender o direito a um mínimo social como um direito propriamente constitucional e o princípio da diferença como uma possibilidade constitucional, mas não como um direito propriamente constitucional.

2.1 O procedimento justo: a noção de justiça procedimental

Foi visto que a teoria da justiça como equidade procura não só descrever uma concepção de justiça, mas também descrever sua forma de concretização. Retomando o raciocínio da sequência de quatro estágios, à descrição de uma concepção de justiça elaborada na posição original, segue-se a descrição da constituição encarregada de instituir os fundamentos de sua concretização. Na convenção constitucional, os constituintes são as antigas partes da posição original. Eles mantêm seu compromisso com a justiça e procuram agora realizar a justiça política ou justiça da constituição¹⁵⁴.

Os constituintes devem elaborar uma constituição justa. É nesse ponto que entra a noção de justiça procedimental. Como a constituição é descrita como um procedimento justo, é possível afirmar que a noção de justiça procedimental compõe o conceito de constituição. Como efeito, nas palavras de Rawls, “uma constituição justa é um caso de justiça procedimental imperfeita”¹⁵⁵. Essa afirmação está incluída num contexto mais amplo de esforço do autor para caracterizar não apenas a constituição descrita pela teoria, mas, sobretudo, a própria teoria da justiça como equidade em termos

¹⁵⁴ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194. Rawls usa a expressão justiça política no sentido de justiça da constituição. A justiça política como um ideal de participação da livre e igual da cidadania na construção das instituições sociais não se confunde com a justiça política como administração escusa da justiça. Para um estudo a respeito desse sentido de justiça política, cf. Otto Kirchheimer, 1961. Para um estudo a respeito da justiça política em sentido semelhante ao empregado por Rawls, cf. Otfried Höffe, 2006.

¹⁵⁵ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194. “[...] a just constitution is a case of imperfect procedural justice.”

procedimentais¹⁵⁶. Isso é feito com base numa tipologia da justiça procedimental. A noção de justiça procedimental em Rawls é de suma importância para a compreensão tanto do procedimento adotado na posição original, quanto do procedimento adotado nos estágios constitucional e legislativo. Rawls distingue a justiça procedimental perfeita, a justiça procedimental imperfeita e a justiça procedimental pura.

A justiça procedimental perfeita¹⁵⁷ possui duas características. Primeiro, ela possui um critério independente de justiça. Isso significa que, separadamente do procedimento e anteriormente a ele, há um padrão de acordo com o qual o resultado do procedimento será avaliado como justo ou como injusto. Há, em outras palavras, um resultado específico que se pretende alcançar e que se considera justo. Segundo, ela consiste num procedimento que, garantidamente, dará o resultado correto. Um exemplo de justiça procedimental perfeita bastante conhecido fornecido por Rawls é o da divisão igual de um bolo¹⁵⁸. Suponha que algumas pessoas estejam para dividir um bolo de forma que cada uma fique com uma parte igual. Suponha, ainda, que todas gostam muito de bolo, que suas necessidades e preferências sejam iguais e que todas desejam ficar com a maior fatia possível. Considerações técnicas à parte, a solução mais evidente é a de que um deles seja autorizado pelos outros a dividir o bolo, com a condição de ele ser o último a pegar uma das fatias, ficando autorizado também que cada um pegue sua fatia antes dele. Supondo que quem reparte tem interesse em ficar com a maior fatia possível, ele adotará alguma técnica para partir o bolo em fatias iguais, assegurando, assim, que sua fatia, qualquer que seja ela, será a maior fatia possível. O critério independente é a igualdade aritmética das fatias. O procedimento é reservar a última fatia a quem partiu o bolo. Esse procedimento inevitavelmente conduzirá ao resultado considerado justo. É claro, observa Rawls, que a justiça procedimental perfeita é muito rara. A mesma coisa não se pode dizer da justiça procedimental imperfeita.

A justiça procedimental imperfeita¹⁵⁹ possui também duas características. Primeiro, ela possui um critério independente de justiça, assim como acontece com a justiça procedimental perfeita. Segundo, ao contrário do que acontece com a justiça

¹⁵⁶ John Rawls, 1999b, p. 310.

¹⁵⁷ John Rawls, 1971, p. 84-85; *id.*, 1999a, p. 74; *id.*, 1999b, p. 148.

¹⁵⁸ John Rawls, 1971, p. 85; *id.*, 1999a, p. 74; *id.*, 1999b, p. 148.

¹⁵⁹ John Rawls, 1971, p. 85-86; *id.*, 1999a, p. 74-75, 1999b, p. 148-149.

procedimental perfeita, a justiça procedimental imperfeita não possui um procedimento factível que garantidamente leve ao resultado correto. Um exemplo conhecido de justiça procedimental imperfeita, que é trazido por Rawls, é o do julgamento criminal. Suponha o julgamento de um homicídio doloso. O critério independente de justiça é o de que o réu seja declarado autor desse crime se e somente se ele tiver matado alguém dolosamente e sem quaisquer excludentes. No entanto, parece ser impossível haver procedimento que garantidamente leve ao resultado correto. Como bem observa Rawls, “o procedimento de julgamento é estruturado para procurar e para estabelecer a verdade a esse respeito, mas parece impossível projetar regras legais de forma que elas sempre levem ao resultado correto”¹⁶⁰. Afinal de contas, “ainda que a lei seja cuidadosamente seguida e o processo equitativa e apropriadamente conduzido, pode-se alcançar o resultado errado: um homem inocente pode ser declarado culpado, um homem culpado pode ser libertado”¹⁶¹. A justiça procedimental imperfeita caracteriza todo procedimento que não tem como garantir a realização do critério independente.

Por sua vez, a justiça procedimental pura possui quatro características, duas das quais comparáveis com as formas precedentes de justiça procedimental¹⁶². Primeiro, a justiça procedimental pura não possui um critério independente definidor do resultado justo. Não há um padrão de acordo com o qual o resultado do procedimento possa ser avaliado como justo ou como injusto; não há um resultado específico que se pretenda alcançar e que se possa considerar justo ou injusto. Segundo, a justiça procedimental pura possui um procedimento correto ou equitativo que, se for realmente seguido, levará a um resultado correto ou equitativo, qualquer que seja esse resultado. Para que se possa entender isso melhor, qualquer resultado decorrente desse tipo de procedimento é um resultado correto ou equitativo. A atribuição da correção ou da equidade ou da justiça ao resultado não decorre do critério independente, já que ele não existe. A atribuição de correção ou de equidade ou de justiça ao resultado decorre de o próprio procedimento

¹⁶⁰ John Rawls, 1971, p. 85; *id.*, 1999a, p. 74-75. “The trial procedure is framed to search for and to establish the truth in this regard. But it seems impossible to design the legal rules so that they always lead to the correct result.” *Id.*, 1999b, p. 148-149. “The trial procedure is framed to search for and to establish this result, but we cannot design rules to guarantee to reach it.”

¹⁶¹ John Rawls, 1971, p. 86; *id.*, 1999a, p. 75. “Even though the law is carefully followed, and the proceedings fairly and properly conducted, it may reach the wrong outcome. An innocent man may be found guilty, a guilty man may be set free.” *Id.*, 1999b, p. 150. “Even though the law may be carefully followed, and the proceedings fairly and properly conducted, it may reach the wrong outcome. An innocent man may be found guilty, a guilty man may be set free.”

¹⁶² John Rawls, 1971, p. 86; *id.*, 1999a, p. 75; *id.*, 1999b, p. 149.

ser correto ou equitativo ou justo. Terceiro, o procedimento correto ou equitativo ou justo tem de ser realmente seguido. Como a justiça decorre do procedimento justo e não de outra coisa, o descumprimento de suas normas acaba por tornar o resultado injusto. Rawls faz uma observação importante a esse respeito. A noção de justiça procedimental pura não justifica uma situação presente que não tenha sido efetivamente determinada pelo puro procedimento justo. Nas palavras de Rawls: “claramente, nós não podemos dizer que um particular estado de coisas seja equitativo porque ele *poderia ter sido alcançado* seguindo-se um procedimento equitativo” (grifo meu) ¹⁶³. Afinal, isso equivaleria a afirmar que qualquer distribuição de bens seria correta ou equitativa ou justa, desde que ela *pudesse* inesperadamente decorrer de um procedimento justo. Uma suposição assim levaria a consequências fortemente injustas. Quatro, e não menos importante, é preciso colocar em evidência o fato de que são as condições de fundo [*background circumstances*] que definem o procedimento como correto ou equitativo ou justo. Não é o simples seguir de um procedimento qualquer que torna seu resultado correto ou equitativo ou justo. *É preciso que as circunstâncias de fundo do procedimento sejam corretas ou equitativas ou justas para que o procedimento também o seja.* Um exemplo bastante conhecido de justiça procedimental pura trazido por Rawls é o da aposta ¹⁶⁴. Suponha que algumas pessoas resolvam entrar numa série de apostas justas: nenhum apostador trapaceia, as apostas são realizadas voluntariamente, elas são realizadas com expectativa de ganho muito próxima de zero e assim por diante. Essas condições de fundo definem uma série de apostas como justa. Se o procedimento for realmente seguido em suas condições de fundo, qualquer distribuição de dinheiro a que se chegue após a última aposta é uma distribuição justa ou, pelo menos, não pode ser considerada injusta. Vale lembrar que não se pode justificar uma distribuição efetiva qualquer com base na hipótese de que ela poderia ter sido um dos resultados. Vale lembrar, ainda, que essa justiça do resultado não é aferida com base num padrão independente, mas com base na efetiva adoção do procedimento justo.

Com essa tipologia em mente, é possível então compreender a justiça como equidade como um exemplo de justiça procedimental pura. As partes reunidas na posição original são conduzidas equitativamente a escolher os princípios da estrutura básica da

¹⁶³ John Rawls, 1971, p. 86; *id.*, 1999a, p. 75. “Clearly we cannot say that a particular state of affairs is just because it could have been reached by following a fair procedure”.

¹⁶⁴ John Rawls, 1971, p. 86; *id.*, 1999a, p. 75.

sociedade. Os princípios de justiça escolhidos são equitativos, uma vez que o procedimento de escolha é equitativo e que não há padrão anterior e independente de avaliação do resultado. A questão que se levanta agora é a de saber se o estágio da convenção constitucional e os demais estágios da sequência de quatro estágios também são exemplos de justiça procedimental pura.

Começamos com o estágio da convenção constitucional. Já vimos que a descrição das principais instituições de uma democracia constitucional tem a função de ilustrar o teor dos princípios da justiça e que a sequência de quatro estágios analisa o processo de concretização nessa ilustração. O fato de a teoria da justiça como equidade ou de o estágio da posição original ser um exemplo de justiça procedimental pura não significa que todos os estágios da sequência de quatro estágios também consistam em exemplos de justiça procedimental pura. Com efeito, o resultado do procedimento de escolha dos dois princípios da justiça é o padrão de avaliação independente dirigido aos resultados de todos os procedimentos seguintes, de forma que o resultado do estágio da posição original é o critério independente de avaliação do resultado do estágio da convenção constitucional. Isso significa que as normas constitucionais são consideradas justas à condição de elas expressarem o princípio de justiça acordado na posição original. Embora a convenção constitucional conte com um padrão de avaliação independente, não há como garantir de antemão que o resultado do procedimento decisório da convenção, isto é, a constituição, seja um resultado justo. Tampouco há como garantir que o procedimento constitucional, isto é, o procedimento legislativo constante na constituição, seja um procedimento justo. Com efeito, “[...] o processo constitucional é sempre um caso do que nós podemos chamar de justiça procedimental imperfeita: isto é, não há procedimento político factível que garanta que a legislação aprovada é justa, mesmo que nós tenhamos (vamos supor) um padrão para a legislação justa”¹⁶⁵. A constatação de que as normas constitucionais ou mesmo a interpretação dessas normas podem ser injustas está na base da justificativa da desobediência civil¹⁶⁶. O procedimento convencional de elaboração constitucional pode levar à elaboração de uma constituição injusta, assim como o processo constitucional, isto é, o processo

¹⁶⁵ John Rawls, 1999b, p. 180. “At the same time it is essential to observe that the constitutional process is always a case of what we may call imperfect procedural justice: that is, there is no feasible political procedure which guarantees that the enacted legislation is just even though we have (let us suppose) a standard for just legislation”.

¹⁶⁶ John Rawls, 1999b, p. 176-189.

legislativo constante na constituição, pode levar à elaboração de uma legislação injusta. A função do critério independente é precisamente tornar possível o controle do resultado e, assim, a modificação das normas constitucionais em direção à justiça política. É importante lembrar, aqui, que os participantes do processo de elaboração da constituição são as partes que antes elaboraram os princípios de justiça na posição original. Isso significa que, no raciocínio da sequência de quatro estágios, os constituintes agem preocupados em promover a justiça das normas constitucionais em condição de *encobrimento parcial do véu da ignorância*. Não obstante, por mais cuidadoso que o constituinte seja no cumprimento das normas convencionadas para a elaboração constitucional, é sempre possível que o procedimento convencionado não conduza à justiça política. Em síntese, o estágio da posição original é, sob a óptica da teoria, um exemplo de justiça procedimental pura, ao passo que o estágio da convenção constitucional, assim como os demais estágios, é um exemplo de justiça procedimental imperfeita.

Ficamos sabendo, então, que não só a descrição do procedimento de elaboração constitucional ou do estágio da convenção constitucional consiste em exemplo de justiça procedimental imperfeita, mas também a descrição do resultado desse processo, isto é, a descrição da constituição, consiste nessa forma de justiça do procedimento. A descrição da constituição feita pela teoria da justiça como equidade enfatiza a justiça da constituição ou justiça política. Rawls reconhece, por um lado, que a constituição é um procedimento, no sentido de que ela é um exemplo de justiça procedimental imperfeita¹⁶⁷. Rawls afirma, então, ser inerente à constituição o estabelecimento das normas básicas do processo de elaboração legislativa e do processo político em sua implicação mútua e com seus procedimentos imperfeitos quanto à justiça. Isso conforma a teoria da constituição encontrada na justiça como equidade como uma teoria ligada às raízes do constitucionalismo liberal¹⁶⁸. Rawls afirma, além disso, considerando a constituição como um exemplo de justiça procedimental imperfeita, que a justiça da constituição ou a justiça política possui dois aspectos¹⁶⁹. O primeiro aspecto é que ela deve ser um procedimento que atenda às exigências da *liberdade igual*. O segundo aspecto é que ela deve ser um arranjo que, dentre todos os arranjos factíveis, seja o que

¹⁶⁷ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194.

¹⁶⁸ Cf. Maurizio Fioravanti, 1999.

¹⁶⁹ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194.

mais provavelmente resulte num sistema *justo e efetivo* de legislação. Vale sublinhar que esses dois aspectos formam o critério independente de avaliação da justiça da constituição, isto é, da justiça política. Portanto, o critério independente de avaliação da justiça é um critério composto de *liberdade igual prioritária* e de *efetividade provável de um sistema justo de legislação* em que, em caso de conflito, a preponderância é dada à liberdade igual. A seguir, abordo cada um dos componentes do critério independente: o critério prioritário da liberdade igual e o critério subordinado da provável efetividade do sistema justo de legislação.

2.2 O critério independente: a liberdade igual e sua prioridade

Já vimos que o elemento da liberdade figura na concepção de constituição junto ao elemento do procedimento e ao elemento da efetividade. Não há dúvida de que o elemento da liberdade é o principal elemento da concepção de constituição constante da teoria da justiça como equidade. Em meio ao estudo do elemento da liberdade, nós estamos observando que a liberdade igual prioritária é a parte principal do critério independente de avaliação da constituição; ela é a parte principal do critério independente por meio do qual a justiça da constituição é avaliada. A liberdade igual prioritária é vista pela justiça como equidade, portanto, como o principal critério de interpretação da constituição. Em suma, a liberdade funciona como elemento essencial da concepção de constituição da justiça como equidade e como a parte principal do critério independente de avaliação da constituição (seu principal critério de interpretação).

Uma vez situados esses aspectos da liberdade na descrição da constituição, podemos prosseguir e aprofundar o estudo da liberdade como critério independente de avaliação e, por extensão, da interpretação da constituição na óptica da justiça como equidade. Com efeito, Rawls afirma que a constituição deve ser um procedimento justo que satisfaça os requisitos de liberdade igual¹⁷⁰. Diante dessa afirmação, três questões emergem. A primeira diz respeito ao que vem a ser a liberdade igual ou o princípio da liberdade igual. Isso requer elucidar previamente o que vem a ser a liberdade. A

¹⁷⁰ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194.

segunda questão diz respeito ao porquê de a constituição dever satisfazer, na óptica da justiça como equidade, o princípio da liberdade igual. A terceira questão diz respeito ao porquê de a constituição não dever satisfazer, ainda na óptica da justiça como equidade, o segundo princípio da justiça. Abordo a resposta de Rawls à segunda questão na seção sobre a prioridade da liberdade como fundamento da constituição e a resposta de Rawls à terceira questão na seção sobre liberdade e valor da liberdade. Abordo, a seguir, as respostas de Rawls à primeira questão e ao requisito dessa questão.

2.2.1 O conceito de liberdade

A resposta à questão sobre o que é a liberdade igual depende da resposta à questão sobre o que é a liberdade, isto é, depende de uma análise do conceito de liberdade. Rawls afirma procurar ultrapassar a disputa sobre a concepção de liberdade¹⁷¹. Ele afirma não procurar estabelecer um juízo de valor a favor nem da liberdade dos antigos nem da liberdade dos modernos, conforme a distinção de Benjamin Constant¹⁷²; nem da liberdade negativa, nem da liberdade positiva, conforme a distinção de Isaiah Berlin¹⁷³. Ao invés de voltar-se para a análise das concepções de liberdade, Rawls prefere se voltar para a análise do conceito de liberdade.

Para o autor, o conceito de liberdade tem uma forma tripartite. Isso quer dizer que Rawls assume que a liberdade pode ser sempre explicada de forma completa por meio de três itens: dos agentes livres, das restrições das quais eles estão livres e do quê eles estão livres para fazer ou para deixar de fazer¹⁷⁴. Os agentes livres são pessoas naturais, associações e estados. Eles são livres em relação a restrições, sejam restrições para fazer alguma coisa, sejam restrições para deixar de fazer alguma coisa. As restrições em questão são as mais variadas e compreendem desde deveres e proibições definidos em lei até influências coativas da opinião pública e da pressão social. No entanto, na maior parte das vezes, o autor discute a liberdade em conexão com restrições constitucionais e legais. Com base nisso, é possível afirmar que a liberdade é entendida

¹⁷¹ John Rawls, 1971, p. 201; *id.*, 1999a, p. 176.

¹⁷² Benjamin Constant, 2010, p. 7-44.

¹⁷³ Isaiah Berlin, 2002, p. 166-217.

¹⁷⁴ John Rawls, 1971, p. 202; *id.*, 1999a, p. 177.

por Rawls como um conceito formado em razão das restrições incidentes sobre um agente para que ele faça ou deixe de fazer alguma coisa, isto é, a liberdade é conceituada como certa estrutura de instituições, certo sistema de regras públicas definidoras de direitos e deveres¹⁷⁵. As pessoas estão livres para fazer alguma coisa ou para deixar de fazer alguma coisa em razão da estrutura institucional, isto é, do sistema de regras públicas que define seus direitos e deveres, que as protege da interferência de outras pessoas. Rawls considera, como um exemplo da liberdade, a liberdade de consciência¹⁷⁶. As pessoas têm liberdade de consciência quando elas podem vivenciar seus próprios interesses morais, religiosos e filosóficos protegidos pelo sistema institucional, isto é, quando elas podem vivenciá-los estando juridicamente protegidos da interferência de outras pessoas e da interferência do próprio sistema jurídico, que, por exemplo, não estabelece qualquer prática religiosa como requisito para as vivências transcendentais. De volta ao conceito de liberdade, há liberdade, segundo Rawls, quando o sistema jurídico-institucional, isto é, o sistema publicamente conhecido de normas jurídicas, efetivamente confere às pessoas a possibilidade de fazer e de deixar de fazer alguma coisa, protegendo-as da interferência de outras pessoas e da interferência do próprio sistema jurídico-institucional.

2.2.2 O conceito de liberdade igual

A compreensão do conceito de liberdade torna possível a compreensão do conceito de liberdade igual. A qualificação da liberdade como igual ou como desigual corresponde à realização de uma avaliação da liberdade. De acordo com Rawls, a avaliação da liberdade tem de corresponder à avaliação das liberdades básicas como um sistema todo e não à avaliação de cada liberdade especificamente considerada¹⁷⁷. Isso é assim porque a especificação do valor de uma liberdade normalmente é definida em função da especificação do valor das outras liberdades. Se a especificação do valor de uma liberdade não dependesse da especificação do valor das outras liberdades, as liberdades

¹⁷⁵ John Rawls, 1971, p. 202; *id.*, 1999a, p. 177.

¹⁷⁶ John Rawls, 1971, p. 202; *id.*, 1999a, p. 177.

¹⁷⁷ John Rawls, 1971, p. 203; *id.*, 1999a, p. 178. A avaliação de um sistema de liberdades é relativa: ela pressupõe a comparação entre pelo menos dois possíveis sistemas de liberdades básicas em que um é considerado melhor do que outro: o que propicia mais liberdade é melhor do que o que propicia menos liberdade.

necessariamente acabariam colidindo entre si. A especificação do valor de cada liberdade é feita por meio da atribuição de *limites que visam a potencializar* a efetivação de cada uma delas. Estabelecida a liberdade igual na posição original, cabe, aos constituintes e aos legisladores, encontrar a melhor forma de realizar *as várias limitações que potencializam as várias liberdades* e a melhor forma equilibrada de encaixá-las no sistema por meio do qual elas sejam definidas para produzir o melhor sistema total de liberdades básicas iguais¹⁷⁸. Essa observação quanto à avaliação da liberdade nos permite compreender que a expressão *liberdade igual* em Rawls se refere ao sistema todo de liberdades básicas e não de uma liberdade específica. Essa observação em relação à avaliação da liberdade como um sistema todo se compatibiliza com o conceito de liberdade como sistema publicamente conhecido de normas jurídicas que garante as possibilidades de fazer e de não fazer dos indivíduos.

É possível notar que a compreensão do conceito de liberdade igual pressupõe a distinção entre liberdade e liberdades. Não encontrei, contudo, na teoria da justiça como equidade original, uma explicação nítida sobre o que são *liberdades*. No quadro amplo do liberalismo político, Friedrich August von Hayek apresenta uma distinção entre liberdade e liberdades. Hayek entende a liberdade como a “condição dos homens na qual a coerção de alguns por outros é reduzida o tanto quanto possível na sociedade”¹⁷⁹ ou, idealmente, “o estado no qual o homem não está sujeito a coerção pela vontade arbitrária de outro ou de outros”¹⁸⁰. A liberdade corresponde à possibilidade de uma pessoa agir de acordo com sua própria vontade e independentemente da vontade arbitrária de outrem; trata-se de uma forma de relação social que só é infringida por meio da coerção de uma pessoa sobre outra. O conceito fornecido por Hayek se estrutura em torno da noção de coerção¹⁸¹. A coerção é o controle exercido sobre uma pessoa por outra em termos de ambiente ou de circunstâncias, forçando o coagido a

¹⁷⁸ John Rawls, 1971, p. 203; *id.*, 1999a, p. 178.

¹⁷⁹ Friedrich August von Hayek, 2011, p. 57. “We are concerned in this book with that condition of men in which coercion of some by others is reduced as much as possible in society. This state we shall describe throughout as a state of liberty of freedom.”

¹⁸⁰ Friedrich August von Hayek, 2011, p. 58. “The state in which a man is not subject to coercion by arbitrary will of another or others is often also distinguished as ‘individual’ or ‘personal’ freedom, and whenever we want to remind the reader that it is in this sense that we are using the word ‘freedom’, we shall employ this expression”. O conceito de liberdade de Hayek é o de liberdade individual. Para Hayek, a liberdade é a liberdade *individual*.

¹⁸¹ Friedrich August von Hayek, 1983, p. 7; *id.*, 2011, p. 61.

servir aos objetivos da coator ao invés de servir aos seus próprios objetivos¹⁸². O modo encontrado pela sociedade livre para enfrentar a coerção é conferindo seu monopólio ao Estado e minimizando seu emprego a circunstâncias necessárias ao impedimento do exercício da coerção de outros indivíduos e controladas por normas gerais e abstratas¹⁸³.

A liberdade é uma situação social que não se confunde com outras situações: as das liberdades. Para Hayek, as liberdades são permissões para que se faça alguma coisa¹⁸⁴. A existência permissões para que alguma coisa seja feita pressupõe um estado geral de ausência de liberdade, no sentido de que, embora a liberdade seja compatível com certas proibições, ela deixa de existir se uma pessoa precisa de permissão para fazer a maioria das coisas que é capaz de fazer. Há liberdade quando tudo é permitido em geral, salvo algumas proibições expressas, ao passo que há liberdades quando tudo é proibido em geral, salvo algumas permissões expressas. Como exemplo paradigmático, Hayek considera a situação de liberdade como oposta à situação de escravidão¹⁸⁵. Tomando como base decretos de libertação de cidades-estados da Grécia Antiga, Hayek observa que esses documentos conferiam à pessoa liberta quatro direitos: o direito de serem membros protegidos da comunidade, o direito de imunidade contra a prisão arbitrária, o direito de se dedicar ao trabalho desejado e o direito de ir e vir de acordo com sua própria escolha. O decreto de libertação não incluía o direito à propriedade, porque se entendia que mesmo o escravo usufruía desse direito. Na visão de Hayek, com a inclusão do direito de propriedade, não falta nenhum direito necessário à proteção de um indivíduo da coerção, embora não incluía as novas liberdades dos padrões modernos¹⁸⁶. A lista consolida a liberdade, mas não inclui liberdades, como a liberdade política, a liberdade interna e a liberdade de poder. Exemplificando as liberdades políticas, Hayek nota que o fato de as leis norte-americanas impedirem que um estrangeiro vote não faz do estrangeiro uma pessoa sem liberdade¹⁸⁷, assim como o fato de um escravo poder votar não faz dele uma pessoa livre.

¹⁸² Friedrich August von Hayek, 1983, p. 16; *id.*, 2011, p. 71.

¹⁸³ Friedrich August von Hayek, 1983, p. 17; *id.*, 2011, p. 71-72.

¹⁸⁴ Friedrich August von Hayek, 1983, p. 15; *id.*, 2011, p. 70.

¹⁸⁵ Friedrich August von Hayek, 1983, p. 15; *id.*, 2011, p. 71.

¹⁸⁶ Friedrich August von Hayek, 1983, p. 16; *id.*, 2011, p. 71.

¹⁸⁷ Friedrich August von Hayek, 1983, p. 7; *id.*, 2011, p. 61.

Conquanto o conceito de liberdade apresentado por Hayek seja compatível com o conceito de liberdade apresentado por Rawls, o conceito de liberdades como permissão é incompatível com a noção de liberdades básicas ou fundamentais como formadoras de um sistema de liberdade. Com base na teoria original da justiça como equidade, é possível afirmar apenas que (a) as liberdades básicas são especificações fundamentais da liberdade igual que são vistas pelas partes na posição original como indispensáveis para que elas possam buscar seus objetivos e que (b) há uma enumeração básica de seu conteúdo. O desenvolvimento insuficiente do conceito de liberdades e em relação à liberdade é uma das críticas endereçadas a Rawls por Herbert L. A. Hart¹⁸⁸. Essas críticas foram respondidas por Rawls num artigo intitulado “As liberdades fundamentais e sua prioridade” [*The basic liberties and their priority*] que se tornou um capítulo de *Political liberalism*¹⁸⁹. No momento, podemos permanecer com a noção de liberdades básicas ou fundamentais com base na enumeração não exaustiva de Rawls feita na teoria da justiça como equidade original segundo a qual as liberdades básicas são “a liberdade política (o direito de votar e de ser elegível para um cargo público) junto com a liberdade de expressão e de reunião; a liberdade de consciência e a liberdade de pensamento; a liberdade da pessoa juntamente com o direito de ter propriedade pessoal; e a liberdade contra a prisão e a detenção arbitrárias como definido pelo conceito de estado de direito”¹⁹⁰.

Entendido que a expressão *liberdade igual* se refere ao sistema todo de liberdade e não às liberdades especificamente consideradas, um problema surge. Esse problema consiste em saber em que termos um sistema de liberdades básicas ou fundamentais está em conformidade com o princípio da liberdade igual. Em outras palavras, a questão é saber em que termos há liberdade igual, em que termos há efetivação do primeiro princípio. Rawls responde a essa pergunta observando haver duas maneiras de infringir o primeiro

¹⁸⁸ Herbert Lionel Adolphus Hart, 1973, p. 536-542.

¹⁸⁹ John Rawls, 2005, p. 289-371.

¹⁹⁰ John Rawls, 1971, p. 61. “The basic liberties are, roughly speaking, political liberty (the right to vote and to be eligible for public office) together with freedom of speech and assembly; liberty of conscience and freedom of thought; freedom of the person along with the right to hold (personal) property; and freedom from arbitrary arrest and seizure as defined by the concept of the rule of law”. *Id.*, 1999a, p. 53. “Important among these are political liberty (the right to vote and to hold public office) and freedom of speech and assembly; liberty of conscience and freedom of thought; freedom of the person, which includes freedom from psychological oppression and physical assault and dismemberment (integrity of the person); the right to hold personal property and freedom from arbitrary arrest and seizure as defined by the concept of the rule of law”. As liberdades de expressão e de reunião e as liberdades de consciência e de pensamento como pressupostos de um regime democrático: cf. *id.*, 1971, p. 225; *id.*, 1999a, p. 197.

princípio. O primeiro princípio é infringido (1) ou quando uma classe de pessoas tem uma maior liberdade do que outra, (2) ou quando a liberdade é menos extensa do que ela deveria ser. Em outras palavras, há liberdade igual quando a liberdade é a mesma para todas as pessoas e quando a liberdade é a mais extensa possível¹⁹¹. As duas hipóteses precisam se realizar concomitantemente, de forma que, se uma das hipóteses for infringida, não se pode afirmar que há efetivação da liberdade igual. A liberdade igual significa que o sistema todo de liberdades básicas tem de ser o mesmo para cada pessoa, ainda que algumas das liberdades específicas possam ser mais extensas do que outras, pois cada liberdade específica pode ser alargada ou estreitada, dependendo de como elas afetam umas às outras, desde que elas não sejam menos extensas do que elas deveriam ser. Essa é, contudo, apenas uma *primeira aproximação* do primeiro princípio. Sua conceituação mais adequada requer uma consideração adicional.

A liberdade igual é o primeiro princípio da concepção especial de justiça. Isso significa que, à liberdade igual, é intrínseca sua posição prioritária na ordenação serial dos dois princípios da justiça: o primeiro princípio é *sempre* acompanhado de sua respectiva regra de prioridade. A posição prioritária do primeiro princípio faz com que uma liberdade básica ou fundamental do sistema todo de liberdades básicas ou fundamentais possa ser limitada somente em razão ou em benefício ou em nome [*for the sake of*] do próprio sistema de liberdades básicas ou fundamentais: “a liberdade pode ser restringida apenas em nome da liberdade”¹⁹². Isso significa que uma liberdade básica pode ser limitada somente (1) para assegurar que ela mesma ou outra liberdade básica seja protegida e (2) para ajustar o sistema de liberdades de uma maneira melhor. No primeiro caso de restrição¹⁹³, vale mencionar o exemplo dado por Rawls quando às restrições procedimentais à liberdade de expressão: as regras de ordem são necessárias para que haja uma discussão inteligente e proveitosa. As restrições procedimentais da discussão não se confundem com normas restritivas de conteúdo: embora as regras de ordem constriam nossa liberdade, elas são necessárias para que a liberdade de expressão possa ser usufruída e não perca seu valor perante outras liberdades. No segundo caso de restrição, vale mencionar a observação do autor: “o ajuste do sistema

¹⁹¹ John Rawls, 1971, p. 203-204; *id.*, 1999a, p. 178.

¹⁹² John Rawls, 1971, p. 244; *id.*, 1999a, p. 214. “As all the previous examples illustrate, the precedence of liberty means that liberty can be restricted only for the sake of liberty itself”. Cf. John Rawls, 1971, p. 204, p. 247, p. 250; *id.*, 1999a, p. 179, p. 217, p. 220.

¹⁹³ John Rawls, 1971, p. 203; *id.*, 1999a, p. 178.

todo de liberdades básicas depende somente da definição e da extensão das liberdades particulares”¹⁹⁴. Como o sistema deve ser sempre avaliado do ponto de vista do cidadão representativo da posição original, o constituinte e o legislador devem perguntar qual sistema seria racional o cidadão representativo preferir perante suas expectativas menos favorecidas.

Vale observar que a regra de prioridade e o primeiro princípio funcionam como um limite a que as restrições das liberdades básicas estão sujeitas. As restrições feitas pelo constituinte e pelo legislador a uma liberdade básica não podem descaracterizá-la. Nas palavras de Rawls, “embora as liberdades básicas possam, portanto, ser restritas, esses limites estão sujeitos a certos critérios que são expressos por meio da liberdade igual e da ordem serial dos dois princípios”¹⁹⁵. Assim, o primeiro princípio e sua regra de prioridade desempenham função semelhante à função desempenhada pelo conceito de barreiras-barreiras [*Schranken-Schranken*]¹⁹⁶. Com efeito, a constituição estabelece reservas legais que permitem ao legislador intervir na extensão dos direitos fundamentais. Por meio delas, a constituição permite ao legislador empurrar barreiras à aplicação dos direitos fundamentais. Nas palavras de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, “o conceito de barreiras-barreiras descreve os limites que valem para o legislador caso ele empurre barreiras à aplicação dos direitos fundamentais”¹⁹⁷. O conceito de barreiras-barreiras tem o objetivo de impedir que o conteúdo essencial [*Wesengehalt*] de um direito fundamental seja infringido¹⁹⁸ e, nesse sentido, ele é compatível com o princípio prioritário da liberdade igual, não obstante o princípio prioritário da liberdade igual tenha o objetivo ampliar o sistema total de liberdades básicas iguais.

Em tendo sido feita a consideração adicional sobre o critério que orienta a limitação das liberdades específicas ou particulares, podemos realizar uma segunda, última e mais

¹⁹⁴ John Rawls, 1971, p. 204; *id.*, 1999a, p. 179. “The adjustment of the complete scheme of liberty depends solely upon the definition and extent of the particular liberties”.

¹⁹⁵ John Rawls, 1971, p. 203; *id.*, 1999a, p. 178.

¹⁹⁶ Traduzo a expressão *Schranken-Schranken* como barreiras-barreiras, não obstante ela ser usualmente traduzida como limites dos limites. Cf. Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins, 2012, p. 159-161.

¹⁹⁷ Bodo Pieroth, Bernhard Schlink, 2009, p. 68. „Der **Begriff der Schranken-Schranken** bezeichnet die Beschränkungen, die für den Gesetzgeber gelten, wenn er dem Grundrechtsgebrauch Schranken zieht“ (grifos no original).

¹⁹⁸ Bundesrepublik Deutschland, 2012. “Art. 19 (2) Em nenhum caso um direito fundamental está autorizado a ser tocado em seu conteúdo essencial”. No texto original: „Art. 19 (2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden“.

precisa aproximação do primeiro princípio. Foi visto que o primeiro princípio é infringido ou quando uma classe de pessoas tem uma maior liberdade do que outra; ou quando a liberdade é menos extensa do que ela deveria ser: há liberdade igual quando a liberdade é a mesma para todas as pessoas e quando a liberdade é a mais extensa possível¹⁹⁹. Foi visto também que uma liberdade básica pode ser limitada somente para assegurar que ela mesma ou outra liberdade básica seja protegida e para ajustar o sistema de liberdades de uma maneira melhor. Disso, pode-se depreender o seguinte. Por um lado²⁰⁰, as liberdades básicas podem ser menos extensas do que outras liberdades básicas, embora elas ainda sejam iguais, isto é, embora o sistema com as variações de extensão seja o mesmo para todas as pessoas. Contudo, em razão da regra de prioridade ou do limite dos limites, se uma liberdade básica for menos extensa do que outra, sua menor extensão tem de ser interpretada como um ganho para a liberdade no geral [*on balance*] na óptica dos cidadãos representativos da posição original. Por outro lado²⁰¹, a liberdade pode ser desigual, isto é, o sistema de liberdades básicas pode ser desigual entre as pessoas. Novamente, em razão da regra de prioridade ou do limite dos limites, se a liberdade for desigual, a liberdade daqueles com liberdade menor tem de ser mais bem garantida. Nesses dois casos, no da liberdade básica particular menos extensa e no do sistema de liberdades básicas desigual para um grupo de pessoas, a justificativa para a restrição da liberdade se refere ao sistema todo de liberdades, isto é, a restrição favorece a liberdade²⁰². A questão da limitação da extensão da liberdade e a questão da desigualdade da liberdade serão retomadas mais adiante, quando a limitação da liberdade de participação, isto é, da liberdade política, for abordada. O que se deve ter em mente é que, para a teoria da justiça como equidade, “uma desigualdade na estrutura básica tem sempre de ser justificada para aqueles na posição de desvantagem. Isso se sustenta para qualquer bem primário social e especialmente para a liberdade”²⁰³. Aliás, na visão de Rawls, “a força da justiça como equidade pareceria emergir de duas

¹⁹⁹ John Rawls, 1971, p. 203-204; *id.*, 1999a, p. 178.

²⁰⁰ John Rawls, 1971, p. 244; *id.*, 1999a, p. 214-215.

²⁰¹ John Rawls, 1971, p. 244; *id.*, 1999a, p. 214-215.

²⁰² John Rawls, 1971, p. 244; *id.*, 1999a, p. 214-215.

²⁰³ John Rawls, 1971, p. 231; *id.*, 1999a, p. 203. “An inequality in the basic structure must always be justified to those in the disadvantaged position. This holds whatever the primary social good and especially for liberty”.

coisas: do requisito de que todas as desigualdades fossem justificadas para os menos favorecidos e da prioridade da liberdade”²⁰⁴.

O conceito de liberdade igual parece estar suficientemente explicado para os propósitos deste escrito e os esforços empreendidos até o momento permitam compreender o enunciado definitivo do primeiro princípio e de sua regra de prioridade:

Primeiro Princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema total de liberdades básicas iguais [que sejam] compatíveis com um sistema semelhante de liberdade para todos²⁰⁵.

Primeira Regra de Prioridade (A Prioridade da Liberdade)

Os princípios de justiça devem ser ranqueados em ordem lexical e, portanto, a liberdade pode ser restringida apenas em favor/em benefício/em nome [*for the sake of*] da liberdade. Há dois casos: (a) [caso da extensão] uma liberdade menos extensa tem de fortalecer o sistema total de liberdade compartilhado por todos, e (b) [caso da igualdade] uma liberdade menor que igual tem de ser aceitável para aqueles [cidadãos] com a menor liberdade²⁰⁶.

2.2.3 O fundamento da constituição: a prioridade da liberdade igual

A resposta de Rawls à primeira questão foi abordada. Nós sabemos em que consiste o princípio da liberdade igual prioritária e, antes disso, elucidamos em que consiste o conceito de liberdade para a justiça como equidade. A liberdade igual significa que o sistema todo de liberdades básicas tem de ser o mesmo para cada pessoa, ainda que algumas das liberdades iguais possam ser mais extensas do que outras, pois cada liberdade pode ser alargada ou estreitada, dependendo de como elas afetam umas às outras. Sua prioridade significa²⁰⁷ a precedência do princípio de liberdade igual sobre o

²⁰⁴ John Rawls, 1971, p. 250; *id.*, 1999a, p. 220. “The force of justice as fairness would appear to arise from two things: the requirement that all inequalities be justified to the least advantaged and the priority of liberty”.

²⁰⁵ John Rawls, 1971, p. 250, p. 302; *id.*, 1999a, p. 220, p. 266. “*First Principle*. Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all.”

²⁰⁶ John Rawls, 1971, p. 250, p. 302; *id.*, 1999a, p. 220, p. 266. “*First Priority Rule (The Priority of Liberty)*. The principles of justice are to be ranked in lexical order and therefore liberty can be restricted only for the sake of liberty. There are two cases: (a) a less extensive liberty must strengthen the total system of liberty shared by all; (b) a less than equal liberty must be acceptable to those with the lesser liberty.”

²⁰⁷ John Rawls, 1971, p. 244; *id.*, 1999a, p. 214.

segundo princípio da justiça. Como os dois princípios estão em ordem serial ou lexical, as reivindicações de liberdade devem ser satisfeitas primeiro. Em outras palavras, a precedência da liberdade igual significa que a liberdade pode ser restrita apenas a favor ou em benefício ou em nome [*for the sake of*] da própria liberdade. A constatação de que a liberdade igual é prioritária é importante para as finalidades deste escrito, pois as razões da inclusão do direito ao mínimo social na constituição do liberalismo político interpretado pela justiça como equidade se relacionam à prioridade da liberdade.

Feitas essas considerações, nós podemos abordar, agora, a resposta de Rawls à segunda questão que emerge da afirmação de Rawls de que a constituição deve ser um procedimento justo que satisfaça os requisitos de liberdade igual²⁰⁸. A segunda questão diz respeito a entender por que a constituição deveria satisfazer esse princípio, o da liberdade igual. Penso que, se nós empregássemos um raciocínio jurídico, a resposta a essa questão poderia ser dada como se segue. A constituição deve estar em conformidade com a liberdade igual porque as partes já acordaram, na posição original, que a concepção de justiça deve reger a estrutura básica da sociedade. Tanto a constituição quanto as demais instituições da estrutura básica devem estar em conformidade com a concepção de justiça pactuada: as normas jurídicas devem manter a concepção de justiça estabelecida de comum acordo. Assim, se a concepção de justiça estabelecer a precedência de uma norma (a da liberdade igual) sobre outra (a da igualdade democrática), as normas jurídicas deverão ser organizadas de uma forma tal que essa precedência seja mantida e um conjunto de normas que trate da liberdade igual deverá ter precedência sobre um conjunto de normas que trate da igualdade democrática. Essa justificativa é considerada por Hans Kelsen como um fundamento da hierarquia normativa²⁰⁹. De forma breve, uma das razões de os pactos deverem ser cumpridos é a da ausência de sentido de estabelecerem-se pactos senão para que sejam cumpridos. Os pactos só são realizados porque as partes querem conferir obrigatoriedade a seu entendimento livremente ajustado. Esse querer decorre da necessidade que elas sentem de conferir alguma garantia às suas expectativas legítimas e mutuamente dirigidas. Penso que essa resposta seria possível porque a norma fundamental [*Grundnorm*] consiste em fundamento da estrutura serial de normas.

²⁰⁸ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194.

²⁰⁹ Hans Kelsen, 1934; *id.*, 1960.

Antes de prosseguir, eu gostaria de fazer uma pequena digressão sobre a relação entre a ordem serial existente entre os dois princípios da justiça como equidade e a hierarquia jurídico-normativa. Rawls mantém a ordem serial dos dois princípios em seu processo de concretização. Pois bem, assim como a liberdade igual consiste no princípio mais elevado em termos de concepção de justiça, também a constituição consiste no patamar mais elevado em termos de hierarquia normativa; e assim como a igualdade democrática consiste no segundo princípio mais elevado em termos de concepção de justiça, as elaborações legislativas consistem no segundo patamar mais elevado em termos de hierarquia normativa. Em outras palavras, o modo de manter a precedência da liberdade igual sobre qualquer outra norma é destinando-a ao patamar normativo que tem precedência sobre qualquer outro: a liberdade igual deve se materializar na constituição. A igualdade democrática, por sua vez, deve se materializar no segundo patamar normativo imediatamente seguinte ao da constituição, isto é, no patamar legislativo.

Uma vez entendido por que a constituição e não outra espécie de norma jurídica, de acordo com a justiça como equidade, deve satisfazer o princípio prioritário da liberdade igual, voltemos à questão sobre por que a liberdade igual deve ser o princípio a ter precedência ou prioridade sobre o segundo princípio e, assim, reger a constituição. Até o momento, nós temos uma resposta que poderia ser fornecida por autores preocupados com o consenso na base de justificação do direito. Essa possibilidade de resposta encontrada não só na teoria pura do direito de Hans Kelsen²¹⁰, mas também nas considerações de Ronald Dworkin sobre a justiça como equidade. Com efeito, Dworkin considera que “o contrato seria um argumento em si mesmo, independentemente da força das razões que podem ter levado pessoas diferentes a entrar no contrato”²¹¹. Não precisaríamos, assim, convencermo-nos de que as partes na posição original se decidiriam pelos dois princípios da justiça ao invés de decidirem-se pelo princípio da utilidade ou por qualquer outro princípio e de que, por isso, elas mesmas, na convenção constitucional, elaborariam a constituição em conformidade com esses princípios. Isso seria desnecessário, pois a própria forma contratual, isto é, o princípio *pacta sunt servanda*, poderia funcionar como fundamento suficiente para a conformação à decisão

²¹⁰ Hans Kelsen, 1934; *id.*, 1960.

²¹¹ Ronald Dworkin, 1978, p. 151. “The contract would be an argument in itself, independent of the force of the reasons that might have led different people to enter a contract.”

tomada na posição original. As justificativas da *Grundnorm* e do princípio *pacta sunt servanda*, contudo, não são as justificativas elaboradas por Rawls para fundamentar a conformidade da constituição aos princípios acordados na posição original.

2.2.3.1 Recordando a ideia intuitiva

A resposta de Rawls à questão sobre *por que a liberdade igual é o princípio prioritário* requer, previamente, que nós recordemos duas coisas. Primeiro, ela requer que recordemos a distinção entre a concepção geral e a concepção especial da justiça como equidade²¹². Segundo, ela requer que recordemos a ideia intuitiva que fundamenta a precedência da liberdade igual²¹³. Vamos à primeira recordação. Com efeito, a concepção de justiça nem sempre traz os dois princípios ranqueados serialmente. Os dois princípios da justiça ranqueados serialmente, com o princípio da liberdade igual tendo prioridade sobre o segundo, são os princípios especiais da justiça, ao passo que a concepção indiferenciada de justiça é a concepção geral de justiça. Os princípios especiais de justiça são distintos da concepção geral de justiça, embora os princípios especiais tenham origem na concepção geral. Diante dessa distinção, a questão sobre por que a liberdade igual é o princípio prioritário equivale a perguntar por que as partes na posição original preferem priorizar a liberdade igual ao invés de priorizar a igualdade democrática, isto é, equivale a entender o argumento geral a favor dessa prioridade, argumento esse que se sobrepõe ao raciocínio a favor dos dois princípios de justiça²¹⁴.

A segunda recordação é a da ideia intuitiva que fundamenta a precedência da liberdade igual. A ideia intuitiva é a de que, na posição original, as partes não vão trocar uma melhoria em seu bem-estar econômico por uma liberdade menor, se suas liberdades básicas puderem ser efetivamente exercidas, isto é, se as condições sociais permitirem, se certo nível de riqueza tiver sido atingido²¹⁵. Isso significa que só há uma aceitação da negação da liberdade igual por todos apenas quando todos reconhecem ser necessário

²¹² Essa distinção foi abordada na seção 1.3.1

²¹³ Essa ideia foi abordada na seção 1.3.1

²¹⁴ John Rawls, 1971, p. 150-161; *id.*, 1999a, p. 130-139.

²¹⁵ John Rawls, 1971, p. 542; *id.*, 1999a, p. 474-475.

e elevar antes a qualidade da civilização²¹⁶ para que as liberdades iguais possam ser fruídas no devido momento. Do ponto de vista da posição original, à medida que as condições da civilização melhoram, à medida que as condições para o exercício das liberdades iguais são mais plenamente realizadas, o significado marginal para nosso bem de mais vantagens econômicas e sociais diminui em relação aos interesses da liberdade, de forma que, além de certo ponto, as partes notam ser irracional aceitar uma liberdade menor em favor de maiores meios materiais e amenidades de função. Em outras palavras, “a ordenação lexical dos dois princípios é a tendência de longo prazo da concepção geral de justiça consistentemente perseguida em condições razoavelmente favoráveis”²¹⁷. Isso pressupõe uma medida do nível geral de bem-estar. Esse nível não é indicado pela medida de utilidade, mas sim pelo índice de bens primários que os menos favorecidos podem esperar²¹⁸.

Recordada a ideia intuitiva que fundamenta a precedência da liberdade igual e recordada a distinção entre a concepção geral e a concepção especial de justiça, é possível passar ao argumento que fundamenta a precedência da liberdade. Esse argumento é um argumento composto. Ele corresponde à junção das respostas à questão de saber por que as partes na posição original supõem que, a partir de certo ponto civilizacional, o valor relativo da liberdade supere o valor relativo das vantagens econômicas e sociais. Com efeito, há várias razões para tanto.

2.2.3.2 A razão da relativização dos interesses no curso geral da civilização

Inicialmente, Rawls considera o que nós poderíamos denominar de *razão da relativização dos interesses no curso geral da civilização*. Essa razão é descrita como se segue²¹⁹. Primeiro, com o aumento do nível geral de bem-estar, estando os bens primários assegurados para os menos favorecidos e considerando que outros não sejam amplamente criados pelas formas sociais, várias coisas acontecem ao mesmo tempo:

²¹⁶ John Rawls, 1971, p. 542.

²¹⁷ John Rawls, 1971, p. 542; *id.*, 1999a, p. 474-475. “The lexical ordering of the two principles is the long-run tendency of the general conception of justice consistently pursued under reasonably favorable conditions.”

²¹⁸ John Rawls, 1971, p. 542; *id.*, 1999a, p. 475.

²¹⁹ John Rawls, 1971, p. 542-543; *id.*, 1999a, p. 476.

apenas os desejos menos urgentes restam para serem atendidos, os obstáculos para o exercício das liberdades iguais declinam e as pessoas passam a insistir crescentemente no direito de perseguir seus interesses espirituais e culturais. Em seguida, torna-se cada vez mais importante que a vida interna livre das várias comunidades de interesse, que são formas de união social consistentes com a liberdade igual, seja assegurada. Isso acontece porque é nelas que pessoas e grupos procuram atingir as finalidades e as excelências para as quais elas são projetadas. Enfim, as pessoas passam a aspirar a algum controle sobre as normas jurídicas que regem suas associações, seja diretamente, tomando parte em sua elaboração, seja indiretamente, por meio de representantes com os quais eles estabelecem laços de cultura e de situação social. Rawls observa que o interesse fundamental na liberdade é um interesse permanentemente existente, presente em qualquer época, mas somente a partir do momento em que certas condições sociais e materiais são satisfeitas, é que a liberdade se torna normativa e prioritária²²⁰. Considerada a razão de relativização dos interesses no curso geral da civilização, Rawls passa a mais duas razões propriamente ditas que sustentam a prioridade da liberdade.

2.2.3.3 A razão da liberdade de consciência e de pensamento

Outra razão²²¹ a favor da prioridade da liberdade é a *razão da liberdade de consciência e de pensamento*. A liberdade de consciência e a liberdade de pensamento, assim como a liberdade da pessoa e os direitos políticos iguais, são incluídas por Rawls entre as liberdades da cidadania igual. As liberdades da cidadania igual, por sua vez, são expressões, na constituição, do princípio da liberdade igual²²². Há, não obstante, uma peculiaridade no que se refere à liberdade de consciência e à liberdade de pensamento. A liberdade de consciência e de pensamento ou, simplesmente, liberdade de consciência²²³, é tanto *norma integrante da constituição* quanto *requisito do procedimento de elaboração constitucional*. A liberdade de consciência tem um grau mais elevado em relação às demais liberdades no seguinte sentido: além de ser norma constitucional e norma do procedimento convencional de elaboração constitucional, ela

²²⁰ John Rawls, 1999a, p. 476.

²²¹ John Rawls, 1971, p. 543.

²²² John Rawls, 1971, p. 197; *id.*, 1999a, p. 173.

²²³ Para simplificar a linguagem, a liberdade de consciência e a liberdade de pensamento serão mencionadas sinteticamente de liberdade de consciência.

compõe o acervo das razões a favor da prioridade da liberdade. A teoria da justiça como equidade original considera a liberdade de consciência igualmente como (1) a primeira aplicação do princípio da liberdade igual e como (2) fundamento das demais liberdades. Assim, o raciocínio desenvolvido para o caso da liberdade de consciência pode ser generalizado e aplicado às demais liberdades, ainda que nem sempre com a mesma força²²⁴. Isso porque a liberdade de consciência ou liberdade igual de consciência²²⁵ envolve a concepção de bem como racionalidade²²⁶.

É importante acompanhar o raciocínio que leva ao estabelecimento da liberdade de consciência como *aplicação direta* da liberdade igual. Isso nos permite compreender a importância dessa liberdade. Rawls inicia²²⁷ suas considerações sobre a liberdade de consciência dando ênfase aos laços sociais percebidos pelas partes na posição original: *as partes não se veem como indivíduos únicos e isolados*, mas como pessoas que têm de se manter livres para honrar os interesses que elas presumem ter. Elas se veem como pessoas que têm de proteger seus interesses morais, religiosos e filosóficos da melhor forma que puderem e como pessoas que possuem laços estreitos com certos membros da geração seguinte, cujas reivindicações serão as mesmas. Considerado isso, parece ser evidente que as partes precisam escolher princípios que assegurem a integridade de sua liberdade moral, religiosa e filosófica. Isso se torna ainda mais importante por elas desconhecerem os conteúdos dessas concepções, por elas desconhecerem o que elas mesmas acham de suas obrigações e por elas desconhecerem como suas interpretações morais, religiosas e filosóficas se saem em sua sociedade, isto é, se elas são compartilhadas pela maioria ou pela minoria. Por isso, elas precisam decidir qual princípio deve regular as liberdades das pessoas quanto às suas concepções fundamentais²²⁸. Diante da necessidade de garantir normativamente as liberdades das pessoas quanto às suas concepções fundamentais, Rawls afirma que a liberdade igual de consciência é o único princípio aplicado que poderia ser aceito ou reconhecido na posição original, isto é, a liberdade de consciência é o único direito constitucional conhecido das partes antes de elas chegarem ao estágio da convenção constitucional²²⁹.

²²⁴ John Rawls, 1971, p. 206; *id.*, 1999a, p. 181.

²²⁵ John Rawls, 1971, p. 205-211, p. 543; *id.*, 1999a, p. 180-185.

²²⁶ John Rawls, 1971, p. 395-452, p. 395-439, p. 542; *id.*, 1999a, p. 347-396, 347-386.

²²⁷ John Rawls, 1971, p. 205-206; *id.*, 1999a, p. 180-181.

²²⁸ John Rawls, 1971, p. 206; *id.*, 1999a, p. 181.

²²⁹ John Rawls, 1971, p. 207; *id.*, 1999a, p. 181.

Com a aplicação da liberdade de consciência descrita, vejamos como o autor considera a razão da posição superior desse princípio em relação aos demais²³⁰. Rawls observa que, um indivíduo que reconheça suas concepções fundamentais, olha para elas como obrigando de forma absoluta, no sentido de que ele não as tem como meios para promover seus outros interesses. As concepções fundamentais não são item de barganha. Todos querem garantir de forma igual seus projetos racionais de vida sem que isso requeira trocar suas concepções fundamentais por outras coisas. Em outras palavras, diz Rawls, maiores benefícios econômicos e sociais não são razões suficientes para aceitar menos do que uma liberdade igual. As forças das concepções morais, religiosas e filosóficas requerem, na óptica da posição original, que os dois princípios sejam postos em ordem serial, pelo menos neste caso, isto é, quando aplicados à liberdade de consciência. Contudo, a posição superior dessa liberdade poderia ser questionada. Rawls considera uma objeção à prioridade da liberdade igual de consciência e, por indução, à liberdade igual. Poder-se-ia argumentar contra a liberdade igual, pondera Rawls²³¹, que seitas religiosas, por exemplo, jamais aceitariam princípio algum que limitasse suas reivindicações perante outras seitas, pois, sendo o dever religioso visto como absoluto, o entendimento com outra seita não seria possível. O autor afirma, em resposta, que um entendimento de obrigação religiosa e um entendimento de primeiros princípios filosóficos e morais mostram que não é possível esperar que os outros concordem com uma liberdade inferior para eles ou com a atribuição da interpretação apropriada de suas convicções a outras pessoas. Há, contudo, uma exceção. Rawls pensa parecer ser possível consentir com uma liberdade desigual apenas se houver uma ameaça de coerção à qual não seja inteligente [*unwise*] resistir do ponto de vista da liberdade mesma²³². Esse é o caso de uma pessoa ter sua convicção tolerada à condição de ela não protestar a seu favor, uma vez que ela sofrerá uma repressão que não poderá ser efetivamente enfrentada. A manifestação de sua consciência poderia significar, por exemplo, seu aprisionamento, sua escravização ou sua morte. Esse raciocínio vale apenas quando o véu da ignorância já foi retirado e as relações sociais estão sendo vivenciadas. Sob o ponto de vista da posição original, no entanto, como ninguém tem como conhecer a força relativa das inúmeras convicções

²³⁰ John Rawls, 1971, p. 207; *id.*, 1999a, p. 182.

²³¹ John Rawls, 1971, p. 208; *id.*, 1999a, p. 182.

²³² John Rawls, 1971, p. 207; *id.*, 1999a, p. 182.

fundamentais que se sustentam numa sociedade, essa consideração perde o sentido²³³. Portanto, *a liberdade de consciência é superiora em relação aos demais princípios porque as pessoas olham para suas convicções morais, religiosas e filosóficas como obrigando de forma absoluta, no sentido de que não olham para elas como um instrumento para promover seus outros interesses*. Isso faz com que benefícios econômicos e sociais não sejam razões para que elas aceitem menos do que uma liberdade igual. É nesses termos que Rawls considera a posição superior da liberdade igual de consciência e, por indução, da liberdade igual. A liberdade igual é, nesses termos, prioritária.

Antes de prosseguirmos para a próxima razão, vale notar que, como a liberdade de consciência é não só fundamento, mas também aplicação direta da liberdade igual, as partes na posição original encontram, na necessidade de garantir a liberdade de consciência, uma justificativa para a escolha da liberdade igual em detrimento do princípio de utilidade. Consideremos esse raciocínio do autor²³⁴. Com efeito, se uma pessoa leva a sério suas concepções fundamentais na posição original, essa pessoa não está disposta a colocá-las institucionalmente em risco. Ela não poderia ser contrária à igual liberdade de consciência. Rawls observa que, mesmo se fosse garantido haver mais probabilidade de uma pessoa pertencer à maioria do que à minoria, em termos de convicções fundamentais (se é que essa garantia pudesse ser dada e se é que uma maioria existisse), apostar com base numa probabilidade mostraria que a pessoa não levou suas convicções fundamentais a sério ou não valorizou tão fortemente a liberdade de examinar suas próprias crenças quando for retirado o véu da ignorância. A liberdade de consciência é assegurada diretamente pelo princípio da liberdade igual, mas ela é apenas indiretamente assegurada pelo princípio da utilidade. A rigor, se as partes sujeitassem sua liberdade ao cálculo dos interesses sociais, elas autorizariam a restrição dessa liberdade no caso de isso conduzir a um maior saldo líquido de satisfação social. O utilitarismo só garante a igual liberdade de consciência indiretamente, por meio do argumento de que o cômputo das vantagens sociais jamais justificaria essa limitação. No entanto, como o cálculo atuarial não é claro nem do ponto de vista da posição original nem, talvez, do ponto de vista prático, não há nada a ganhar com a ausência de

²³³ John Rawls, 1971, p. 207-208; *id.*, 1999a, p. 182.

²³⁴ John Rawls, 1971, p. 207; *id.*, 1999a, p. 181-182.

garantia direta da liberdade. Diante disso, o princípio da liberdade igual de consciência é escolhido e não o princípio da utilidade²³⁵. Feita essa digressão, prossigamos em direção à última razão a favor da prioridade da liberdade.

2.2.3.4 A razão do valor do bem primário do autorrespeito

Uma importante razão que explica por que o valor relativo da liberdade supera o valor relativo das vantagens econômicas e sociais a partir de certo ponto civilizacional é o valor do bem primário do autorrespeito ou da autoestima²³⁶. Essa é *a razão do valor do bem primário do autorrespeito ou autoestima*. A autoestima está relacionada à psicologia moral sustentada na justiça como equidade²³⁷. Ela está relacionada, por conseguinte, ao bem como racionalidade²³⁸. Rawls menciona o autorrespeito ou a autoestima como sendo, talvez, o bem primário mais importante²³⁹. Rawls sustenta que, na posição original, as partes querem evitar, a praticamente qualquer custo, as condições sociais que solapam a autoestima. Antes de prosseguir, é preciso compreender o sentido desse aspecto psicológico. Há dois aspectos que definem a autoestima²⁴⁰. Primeiro, ela abrange o senso que uma pessoa tem de seu próprio valor. Isso significa que a autoestima compreende a convicção segura tida por uma pessoa de que sua concepção de bem, isto é, de que seu plano racional de vida vale a pena ser concretizado. Segundo, ela implica a confiança de uma pessoa em suas próprias habilidades para atingir suas intenções, na medida em que suas habilidades estejam em seu poder. Assim, observa Rawls, quando nós sentimos que nossos planos são de pouco valor ou quando nós somos atingidos pelo fracasso e pela autodúvida em relação às nossas possibilidades de ação, nós perdemos o prazer na execução de nossos planos ou nós deixamos de poder continuar a superar nossos desafios. Esta é, portanto, a dupla dimensão da autoestima: o senso do próprio valor e a confiança nas habilidades que estão ao próprio alcance para

²³⁵ John Rawls, 1971, p. 206-208; *id.*, 1999a, p. 181-182. A justificação da liberdade com base em seus benefícios dela não necessariamente é uma justificação utilitarista. Cf. Friedrich August von Hayek, 2011, p. 73-90.

²³⁶ John Rawls, 1971, p. 440; *id.*, 1999a, p. 476-480.

²³⁷ John Rawls, 1971, p. 453; *id.*, 1999a, p. 397.

²³⁸ John Rawls, 1971, p. 395-452, p. 542; *id.*, 1999a, p. 347-396.

²³⁹ John Rawls, 1971, p. 440; *id.*, 1999a, p. 386.

²⁴⁰ John Rawls, 1971, p. 440; *id.*, 1999a, p. 386.

realizar seus projetos racionais de vida. A dupla dimensão, contudo, ainda está parcialmente definida.

A autoestima desempenha um papel muito importante na justiça como equidade original na compreensão do fundamento da liberdade e, portanto, na compreensão do fundamento da constituição. A autoestima, em sua dupla dimensão, é tanto uma questão individual quanto uma questão social, pois ela se relaciona com o desejo dos seres humanos de *expressar sua própria natureza numa união social livre*. Com efeito, o valor dado aos nossos planos racionais de vida, o sucesso e a certeza na realização de nossas possibilidades de ação não decorrem apenas de nós mesmos. A forma como a autoestima é descrita na justiça como equidade enfatiza o papel de *como nós pensamos que os outros nos valorizam*. Isso mostra que a aquisição desse bem primário não depende só de nós mesmos. Considerando isso, sua primeira dimensão envolve o modo como nós pensamos que os outros nos valorizam. A autoestima é resultado dos laços de cooperação social em sentido amplo: são laços que começam na família e se estendem nas diversas formas de interação social. Com o acréscimo do aspecto social da autoestima, a descrição de sua dupla dimensão está completa, pois *as outras pessoas desempenham um papel imprescindível na construção desse bem primário num indivíduo*. Diante disso, a dupla dimensão da autoestima pode ser descrita com mais acuidade como se segue. Primeiro, a autoestima abrange o senso que uma pessoa tem de seu próprio valor, senso esse relacionado ao modo como ela pensa que as outras pessoas a valorizam. A pessoa que possui esse bem primário possui a convicção segura de que sua concepção de bem vale a pena ser concretizada também por ela pensar que as demais pessoas compartilham também dessa convicção. Segundo, a autoestima implica a confiança de uma pessoa em suas próprias habilidades para realizar seu plano racional de vida, confiança essa sentida por ela também em razão de as outras confiarem em suas habilidades, em sua capacidade de realização. A dupla dimensão da autoestima abrange, então, o senso individual e socialmente elaborado do próprio valor e a confiança individual e socialmente elaborada nas habilidades que estão ao próprio alcance para realizar seus projetos racionais de vida. Compreende-se *o valor social da autoestima*: a alteridade desempenha um papel imprescindível na elaboração da autoestima do indivíduo e lhe confere, assim, o reconhecimento do valor de seu *status* na sociedade bem-ordenada. O outro é indispensável para a autoestima de uma pessoa e, por

consequente, para afirmação de seu valor social, independentemente de qual seja a posição social e econômica ocupada por ela.

O razão do valor social da autoestima é uma importante razão que explica a prioridade da liberdade sobre as vantagens econômicas e sociais a partir de certo ponto civilizacional porque ela mostra que, numa sociedade bem-ordenada, o valor socialmente atribuído às diversas concepções de bem, isto é, aos diversos planos racionais de vida, independe de suas implicações de autoridade e de riqueza. A importância da autoestima leva as pessoas a valorizarem suas concepções de bem e as dos outros, e, portanto, a reconhecer o valor de seus *status* e do *status* dos outros, independentemente das posições de autoridade e de riqueza que elas e as demais pessoas ocupem. Assim, é preciso compreender bem o sentido de *status* na teoria da justiça como equidade para qualquer época, isto é, para qualquer ponto do curso da civilização. Rawls afirma que, embora o desejo por uma *melhoria absoluta* nas vantagens econômicas decline em certo ponto da civilização, o interesse humano *em seu lugar relativo* na distribuição de riqueza pode ainda persistir²⁴¹. O raciocínio de Rawls a esse respeito é o seguinte²⁴². Se todos sempre desejam uma fatia maior em termos proporcionais na distribuição, a tendência de longo prazo é um desejo por uma abundância material absolutamente igual. Ora, esse desejo corresponde a uma finalidade que não pode ser coletivamente atingida e a luta de cada pessoa por uma finalidade que não pode ser coletivamente atingida tende a levar a sociedade a se preocupar *cada vez mais* com o aumento da produtividade e da eficiência econômica, minando, assim, a precedência da liberdade. O argumento de Rawls é o de que, numa sociedade bem ordenada, embora haja uma tendência de longo prazo à igualdade, *as pessoas que dela fazem parte não se preocupam com seu lugar relativo na distribuição*²⁴³. Acontece que as pessoas numa sociedade bem ordenada *fazem o que lhes parece melhor para seu*

²⁴¹ John Rawls, 1971, p. 543; *id.*, 1999a, p. 476-477.

²⁴² John Rawls, 1971, p. 543-544; *id.*, 1999a, p. 476-477.

²⁴³ John Rawls, 1971, p. 544; *id.*, 1999a, p. 477. Esse argumento sobre o que ocorre numa sociedade bem-ordenada pode ser interpretado como uma situação semelhante à de um jogo de soma não-zero, pois o objetivo das pessoas numa sociedade bem-ordenada não é aumentar a eficiência e a produtividade com vistas a disputar mais pontos percentuais do produto social, mas a de melhorar sua situação independentemente de sua posição relativa na distribuição. Ela é uma sociedade cooperativa e não uma sociedade conflitiva. Contudo, o raciocínio de Rawls não se orienta pela teoria dos jogos, mas pela teoria da decisão, que faz uso de conceitos e propriedades da teoria dos jogos, mas que com ela não se confunde. Isso foi discutido na seção 1.3.2, que trata do raciocínio sistemático que leva aos dois princípios. Cf. William Joseph Baumol, 1970, p. 530.

plano de vida e, por isso, elas não se sentem desapontadas pelas maiores amenidades e gozos das outras pessoas. Isso significa que são fracas as propensões psicológicas da inveja e do ciúme suscitadas pelas instituições de uma sociedade bem ordenada, de forma que as pessoas não são propensas a desejar um lugar mais alto na distribuição de bens materiais ao custo de prejuízos para o outro e para si mesmo. Em outras palavras, *elas não são propensas a restringir sua liberdade em troca de vantagens econômicas absolutas e relativas*. Nesse ponto, entra a questão do *status*. O fato de as pessoas de uma sociedade justa não estarem inclinadas a restringir *a liberdade* de realizarem seu plano racional de vida não significa, entretanto, que elas são despreocupadas em matéria de *status*. Para Rawls, “[...] numa sociedade bem ordenada, a necessidade de *status* é satisfeita por meio do reconhecimento público das instituições justas, junto com a plena e diversa vida interior das várias comunidades de interesses livres que a liberdade igual permite”²⁴⁴. Isso significa, para Rawls, que “a base para a autoestima numa sociedade justa não é, então, a porção de renda de uma pessoa, mas a publicamente afirmada distribuição de direitos e liberdades fundamentais”²⁴⁵. A necessidade de *status* é satisfeita, portanto, tanto pelo reconhecimento público das instituições quanto pela diversidade das várias comunidades de interesse que são compatíveis com a liberdade igual. É desse modo que *a sociedade* bem ordenada afirma prescritiva e efetivamente o valor do *indivíduo*. Havendo a vivência da prioridade da liberdade igual, a afirmação da autoestima dos membros sociais deixa de ser um efeito da renda e da riqueza, uma vez que os bens primários sociais já são distribuídos de forma bastante satisfatória para todos: *a autoestima se torna o resultado da igual e publicamente realizada distribuição de direitos e liberdades fundamentais*. Em outras palavras, *a autoestima, o bem primário mais importante, se torna o resultado do status de igualdade de direitos e liberdades fundamentais*. Compreende-se, assim, por que o valor social da autoestima justifica a prioridade da liberdade: a prioridade da liberdade é garantia do bem primário mais importante; ela é garantia do bem primário da autoestima.

Com base no fundamento da autoestima, Rawls apresenta de modo mais específico razões pelas quais as pessoas numa sociedade justa não estão dispostas a reconhecer

²⁴⁴ John Rawls, 1971, p. 544; *id.*, 1999a, p. 477. “But in a well-ordered society the need for status is met by the public recognition of just institutions, together with the full and diverse internal life of the many free communities of interests that equal liberty allows”.

²⁴⁵ John Rawls, 1971, p. 544; *id.*, 1999a, p. 477. “The basis for self-esteem in a just society is not then one’s income share but the publicly affirmed distribution of fundamental rights and liberties”.

menos do que a liberdade igual, isto é, algumas razões que, fundadas no requisito da autoestima para o *status*, atuam a favor da prioridade da liberdade igual. Procuo sistematizá-las como se segue²⁴⁶. A primeira razão é a de que, numa sociedade bem ordenada, as pessoas são inclinadas a olhar apenas para a igual e ampla afirmação constitucional dos modos políticos de assegurar seu *status* e, por isso mesmo, elas não estão dispostas a reconhecer menos do que a liberdade igual. O porquê de elas olharem apenas para a igual e ampla afirmação constitucional dos modos políticos de assegurar seu *status* acabou de ser discutido. A segunda razão é a de que, numa sociedade bem ordenada, é a posição da cidadania igual que responde à necessidade de *status* e, por isso, a precedência das liberdades iguais se torna cada vez mais necessária. O porquê disso também acabou de ser discutido. A terceira razão é a de que aceitar menos do que a liberdade igual equivaleria a colocar as pessoas em desvantagem estratégica em sua posição política. Isso tem o efeito de estabelecer publicamente sua inferioridade e, por conseguinte, de gerar animosidade entre os diversos grupos em situação de liberdade desigual. Rawls considera que seria humilhante e destruidor da autoestima experimentar uma hierarquia no fórum público ao lidar com pessoas com *status* de maior liberdade sempre que se tentasse tomar parte na vida política e econômica do dia-a-dia²⁴⁷. Com isso, Rawls quer dizer que, numa sociedade bem ordenada que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos em termos econômicos e sociais, ainda que haja diferenças econômicas e sociais entre seus membros, não há nela tendência a emergir animosidade entre os grupos sociais e econômicos em função dessas diferenças. No entanto, nessa sociedade, a aceitação de menos do que uma liberdade igual, isto é, a diferença entre indivíduos e grupos suscitada por uma diferença quanto ao *status* de sua liberdade, causa nela tendência à animosidade entre os indivíduos e grupos em função dessa diferença. Com efeito, em qualquer situação, nessa em especial, “[...] as dificuldades emergentes da desigualdade política e cívica e da discriminação cultural e étnica não podem ser facilmente aceitas”²⁴⁸. A desigualdade política e cívica e a discriminação cultural e étnica solapam o senso do valor próprio de cada pessoa, criam fortes

²⁴⁶ John Rawls, 1971, p. 544-545; *id.*, 1999a, p. 477-478.

²⁴⁷ John Rawls, 1971, p. 545; *id.*, 1999a, p. 477.

²⁴⁸ John Rawls, 1971, p. 545; *id.*, 1999a, p. 477-478. “Thus while the social and economic differences between the various sectors of society, the noncompeting groups are as we may think of them, are not to generate animosity, the hardships arising from political and civic inequality, and from cultural and ethnic discrimination, cannot be easily accepted.”

obstáculos à realização dos projetos racionais de vida e, por conseguinte, desestabilizam as bases institucionais dos laços de cooperação social.

Resta ainda uma consideração a fazer. Ao afirmar que há razões para se sustentar que, a partir de certo ponto civilizacional, o valor relativo da liberdade supera o valor relativo das vantagens econômicas e sociais, as partes, nota Rawls, não estão dizendo que a prioridade da liberdade se sustenta quando todos os desejos materiais estiverem satisfeitos²⁴⁹. Como todas as informações gerais são de conhecimento das partes, as circunstâncias materiais e sociais em que venham a ser encontradas podem ser as mais diversas²⁵⁰. Ao fazer essa afirmação, as partes estão dizendo apenas que, uma vez que os desejos básicos dos indivíduos tenham sido satisfeitos, os restantes desejos materiais não são tão fortes ao ponto de, em sua óptica, tornar racional a concordância em satisfazê-los mediante uma diminuição de sua liberdade, isto é, em troca de um menos do que a liberdade igual. Rawls observa que a urgência relativa dos interesses na liberdade não tem como ser firmemente decidida de antemão na posição original²⁵¹. Essa decisão vai depender das reivindicações dos menos favorecidos nos estágios da convenção constitucional e da assembleia legislativa. Evidentemente, em condições materiais e sociais favoráveis, o interesse fundamental de determinarmos nosso plano de vida assume seu lugar de prioridade.

Em tendo sido vistas as três razões a favor da prioridade da liberdade, a razão da relativização dos interesses no curso geral da civilização, a razão da liberdade de consciência e da liberdade de pensamento e a razão do valor do bem primário do autorrespeito ou da autoestima, faz sentido afirmar que a proposta de Rawls é a de tentar construir uma concepção de justiça que procure eliminar o significado das vantagens econômicas e sociais relativas entre as pessoas como suportes para suas respectivas autoconfianças e para a estabilidade social²⁵². Essa afirmação faz sentido, ainda que a exposição do argumento a favor da prioridade da liberdade constante na edição original²⁵³ difira da exposição constante na edição revisada²⁵⁴ de *A theory of justice*.

²⁴⁹ John Rawls, 1971, p. 543.

²⁵⁰ John Rawls, 1971, p. 142; *id.*, 1999a, p. 122.

²⁵¹ John Rawls, 1971, p. 543.

²⁵² John Rawls, 1971, p. 545; *id.*, 1999a, p. 478.

²⁵³ John Rawls, 1971, p. 541-545.

²⁵⁴ John Rawls, 1999a, p. 474-480.

Com efeito, na edição revisada²⁵⁵, Rawls torna mais detalhada a retomada do raciocínio intuitivo, que ele considera como a primeira parte do argumento a favor da liberdade. Além disso, ele reorganiza os argumentos relacionados à autoestima, colocando-os mais enfaticamente como argumentos que explicam porque, numa sociedade bem ordenada, a precedência da liberdade igual não é solapada [*undermined*] por sentimentos como a inveja e o ciúme. Eles formam a segunda parte do argumento a favor da prioridade da liberdade. Na reorganização do argumento a favor da prioridade da liberdade, embora Rawls não faça, como na edição original, remissão expressa²⁵⁶ à discussão da liberdade de consciência e de pensamento como razão que explica o lugar prioritário assumido pela liberdade igual, a reprodução inalterada dessa discussão mesma²⁵⁷ permite inclui-la como razão a favor da prioridade da liberdade. Esse entendimento é reforçado pelo fato de Rawls afirmar, na edição revisada, *que as pessoas na posição original são movidas por certa hierarquia de interesses e que isso se reflete na precedência que elas dão à liberdade*: como pessoas que se concebem como pessoas livres, elas querem garantir a possibilidade de revisar e alterar seus objetivos últimos²⁵⁸. Ora, essa é uma consideração inerente à liberdade de consciência e à liberdade de pensamento. Não obstante essa reorganização formal, numa concepção que procura suprimir o papel das vantagens econômicas e sociais para o autorrespeito e para a estabilidade social, é essencial que a prioridade da liberdade seja afirmada perante quaisquer outros princípios. Assim, mesmo na concepção revisada da justiça como equidade, a distribuição dos meios materiais se processa segundo a ideia de justiça procedimental pura com o pressuposto das instituições de fundo, ao passo que o autorrespeito é assegurado pela afirmação pública do *status* de cidadania igualmente livre para todos²⁵⁹.

2.2.3.5 A razão da impossibilidade de estabilidade social por meio da igualdade econômica e social: razão de fundamento da constituição e razão adicional da divisão da estrutura básica

²⁵⁵ John Rawls, 1999a, p. 474-480.

²⁵⁶ John Rawls, 1971, p. 543.

²⁵⁷ John Rawls, 1971, p. 205-211; *id.*, 1999a, p. 180-185.

²⁵⁸ John Rawls, 1999a, p. 475-476.

²⁵⁹ John Rawls, 1971, p. 545; *id.*, 1999a, p. 478.

Em meio à discussão sobre a razão do bem primário do autorrespeito ou autoestima, Rawls chega a uma razão adicional à razão das funções para fatorar a ordem social, isto é, a estrutura básica da sociedade, em duas partes²⁶⁰. Ocorre que, se observarmos com atenção, essa razão adicional para fatorar estrutura básica em duas partes também é razão que fundamenta a relação entre a constituição e o princípio prioritário. Trata-se da *razão da impossibilidade de estabilidade social por meio da igualdade social e econômica*. Com efeito, nós vimos na seção sobre a constituição como primeira parte da estrutura básica da sociedade justamente que a estrutura básica é dividida em duas partes: a constituição e as demais instituições econômicas e sociais²⁶¹. Naquele momento, eu disse que a divisão de funções entre a constituição e os arranjos sociais e econômicos e sociais estava fora de análises críticas sobre a estrutura básica²⁶² e fora da análise realizada por Rawls em artigo específico²⁶³, embora, no caso de Rawls, houvesse considerações a esse respeito em seu principal escrito²⁶⁴. O problema da fatoração da estrutura básica é retomado agora. Como sabemos, a especificação da concepção de justiça em dois princípios corresponde a essa especificação em duas partes da estrutura básica da sociedade²⁶⁵. Uma razão adicional para fatorar a ordem social dessa forma decorre da impossibilidade de haver estabilidade social por meio da igualdade econômica e social. Vejamos por que a estabilidade social é impossível por essa via²⁶⁶. Suponhamos uma sociedade em que a valorização de uma pessoa dependa de seu lugar relativo na distribuição de renda e riqueza. Nessa sociedade, ter um *status* mais alto significa ter mais bens materiais do que uma parcela maior da sociedade. Nesses termos, torna-se evidente que nem todas as pessoas poderão ter o *status* mais elevado. Ainda nessa sociedade, a elevação do *status* de uma pessoa significa, considerando que o acervo de bens materiais seja fixo, a diminuição do *status* de outra pessoa. Nessas condições, a cooperação social para melhorar as condições da autoestima é impossível. A estrutura básica dessa sociedade os coloca em desacordo e a união social parece se tornar, por sua vez, praticamente impossível. Nesse ponto do

²⁶⁰ John Rawls, 1971, p. 546; *id.*, 1999a, p. 478.

²⁶¹ John Rawls, 1971, p. 7, p. 87, p. 195, p. 199, p. 204, p. 517; *id.*, 1999a, p. 6, p. 76, p. 171, p. 174-175, p. 179, p. 453-454.

²⁶² Gerald Allan Cohen, 2000, p. 122-124; *id.*, *ibid.*, p. 134-142; Iris Marion Young, 2006, p. 91-97; Nancy Fraser, 1996, p. 13-14.

²⁶³ John Rawls, 1977, p. 159-165.

²⁶⁴ John Rawls, 1971, p. 546; *id.*, 1999a, p. 478.

²⁶⁵ John Rawls, 1971, p. 199; *id.*, 1999a, p. 174-175.

²⁶⁶ John Rawls, 1971, p. 545-546; *id.*, 1999a, p. 478.

raciocínio, Rawls faz uma observação. Se nós considerarmos que o acervo de bens primários é fixo e que ele não pode ser aumentado pela cooperação, então a justiça requer que a divisão desses bens seja feita em parcelas iguais. Se nós consideramos, no entanto, que o acervo de bens primários pode ser aumentado por meio da cooperação social, então a divisão igual desses bens se torna irracional diante da possibilidade de melhorar a situação de todo mundo mediante a aceitação de certas desigualdades. Essa observação feita por Rawls corresponde às duas possibilidades interpretativas de uma mesma situação fornecida pela teoria da decisão: nós podemos considerar o acervo de bens primários sob a óptica de uma situação de soma zero e sob a óptica de uma situação de soma não-zero²⁶⁷. Feita essa observação, a solução proposta por Rawls para possibilitar a cooperação favorável ao autorrespeito e a estabilidade social é apoiar o igual *status* das pessoas por meio da igual distribuição de direitos e liberdades fundamentais. Sendo esse o meio para se alcançar a igual distribuição do bem primário do autorrespeito e a estabilidade social numa sociedade bem ordenada com necessidades básicas satisfeitas, a justiça distributiva dos meios materiais fica relegada a um segundo plano. O fato de a justiça admitir desigualdades em troca de benefícios para todos quando ela tem como objeto bens primários materiais e de a justiça não admitir desigualdades em termos de direitos e liberdades fundamentais mostra a distinção entre os objetos. Essa distinção de objetos foi vista na discussão da constituição como parte da estrutura básica. Com efeito, se as questões de renda e riqueza fossem idênticas às questões de liberdade, seria impossível, sob a óptica da justiça, estabelecer, de modo convincente, diferença normativa entre eles. Esse parece ser o entendimento das partes na posição original ao distinguir os dois princípios da justiça, aplicando-os cada um a cada uma das partes da estrutura básica da sociedade, a partir de certo ponto do percurso civilizacional.

Vistas²⁶⁸ as quatro razões que fundamentam a precedência da liberdade igual, sendo a quarta razão também uma razão para fatorar a estrutura básica da sociedade em duas partes, é possível compreender melhor a afirmação de Rawls segundo a qual “a ordenação lexical dos dois princípios é a tendência de longo prazo da concepção geral

²⁶⁷ William Joseph Baumol, 1970, p. 530.

²⁶⁸ Deixo de lado, tendo em vista a finalidade deste estudo, a discussão sobre a relação entre autoestima e inveja escusável na sociedade bem ordenada.

de justiça consistentemente perseguida em condições razoavelmente favoráveis”²⁶⁹ ou ainda sua afirmação segundo a qual “a efetiva realização de todas essas liberdades [as liberdades iguais] numa sociedade bem ordenada é a tendência de longo prazo dos dois princípios e [das] regras de prioridade quando eles são consistentemente seguidos em condições razoavelmente favoráveis”²⁷⁰. Com efeito, a conclusão da argumentação na posição original significa a conclusão do acordo a respeito da concepção de justiça, *tanto em sua forma geral, quanto em sua forma especial*. Isso significa que *a sociedade encontrada pelas partes não é necessariamente uma sociedade bem-ordenada cuja estrutura básica seja justa*. A experiência do véu da ignorância e das demais condições da posição original e a experiência do percurso da sequência de quatro estágios são ambas viabilizadas pelo equilíbrio reflexivo ou equilíbrio refletido. Elaborada a concepção de justiça, cada pessoa se descobre numa sociedade pertencente a um ponto civilizacional próprio em que se procura manter ou reestruturar a estrutura básica da sociedade para que ela corresponda ao ideal discutido na posição original. É possível que as condições sociais sejam tão precárias que os esforços sociais ainda não permitam a efetivação dos princípios especiais. No entanto, a efetivação aproximada da concepção geral permite à geração de então compreender que seus esforços abrem caminho para a efetivação da concepção especial na geração vindoura. Havendo condição para que os dois princípios assumam sua posição de controle, sua entrada em validade e em vigência não significa ainda necessariamente sua efetividade. Sua validade e sua vigência significam, durante algum tempo, um esforço institucional em direção a sua efetivação, a seu controle efetivo. Enfim, nas palavras de Rawls, “[...] chega um tempo na história de uma sociedade bem ordenada além do qual a forma especial dos dois princípios assume o controle e se sustenta dali em diante”²⁷¹.

Por meio do raciocínio intuitivo que leva ao primeiro princípio, da razão da relativização dos interesses no curso geral da civilização, da razão da liberdade de consciência e da liberdade de pensamento e a razão do valor do bem primário do

²⁶⁹ John Rawls, 1971, p. 542. “The lexical ordering of the two principles is the long-run tendency of the general conception of justice consistently pursued under reasonably favorable conditions.”

²⁷⁰ John Rawls, 1999a, p. 475. “The effective realization of all these liberties in a well-ordered society is the long-run tendency of the two principles and rules of priority when they are consistently followed under reasonably favorable conditions.”

²⁷¹ John Rawls, 1971, p. 542. “Eventually there comes a time in the history of a well-ordered society beyond which the special form of the two principles takes over and holds from then on”.

autorrespeito ou da autoestima e da razão adicional para fatorar a ordem social em duas partes, Rawls fundamenta a relação entre a constituição e o primeiro princípio da justiça. Como a estrutura básica é dividida em duas, cada uma devendo estar em conformidade com seu princípio específico de justiça e a constituição é uma instituição social da primeira parte da estrutura básica, os constituintes devem elaborar a constituição em conformidade com a liberdade igual e sua regra de prioridade. A constituição deve ser a forma jurídica mais alta de concretização da liberdade igual e de sua regra de prioridade. Nisso deve consistir a justiça da constituição ou justiça política e nisso deve consistir a interpretação de suas normas. Assim, a segunda questão, a que diz respeito a entender por que a constituição deveria satisfazer o princípio da liberdade igual, está respondida. No entanto, a constituição descrita pela justiça como equidade não estabelece o segundo princípio da justiça. Em outras palavras, ela não estabelece o princípio da igualdade equitativa de oportunidades nem o princípio da diferença. Essa é uma constatação importante para a compreensão da constituição na teoria da justiça como equidade e que desafia nossa compreensão a respeito de seu papel no quadro de uma teoria da justiça social. Assim, emerge a terceira questão, que diz respeito a entender por que o segundo princípio da justiça, isto é, o princípio da igualdade democrática (princípio da igualdade equitativa de oportunidade, princípio da diferença e princípio da poupança justa) não faz parte da constituição descrita pela justiça como equidade.

2.2.4 A constituição e sua relação com as questões sociais e econômicas: a liberdade e o valor da liberdade

Abordei, até o momento, as respostas de Rawls a duas questões das três questões formuladas no início da discussão sobre o critério independente de avaliação da constituição: à que diz respeito ao que vem a ser o princípio da liberdade igual e à que diz respeito ao porquê de a constituição dever satisfazer, na óptica da justiça como equidade, o princípio da liberdade igual. Resta, agora, abordar a resposta de Rawls à terceira questão, à questão que procura saber por que a constituição descrita pela justiça como equidade não procura satisfazer ao segundo princípio de justiça acordado na posição original. Em outras palavras, trata-se da questão de elucidar por que o princípio

da igualdade equitativa de oportunidade e o princípio da diferença não compõem o critério independente de avaliação da justiça da constituição.

Parece haver, *prima facie*, várias razões para crer que os dois princípios, em conjunto, consistissem em critério independente de avaliação da justiça da constituição: os dois princípios foram escolhidos na posição original; os dois princípios antecedem e regem, portanto, todos os estágios de elaboração normativa, inclusive o estágio de elaboração da constituição; e a constituição, como norma superior da hierarquia normativa, parece dever conter todas as normas básicas que regem a estrutura básica, inclusive as normas básicas que concretizam o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença. No entanto, apenas o primeiro dos dois princípios consiste em critério material de avaliação da justiça da constituição. Poder-se-ia inferir que a constituição descrita pela justiça como equidade seria incoerente com a concepção de justiça acordada na posição original. Por não conter nenhuma norma que refletisse os princípios da igualdade equitativa de oportunidade e da diferença, a constituição da justiça como equidade seria uma constituição *dissociada das* ou *indiferente às* questões econômicas e sociais. Isso seria um problema porque, não havendo norma constitucional a esse respeito, não haveria garantia de que essas questões viessem a ser concretizadas em algum momento.

A teoria da justiça como equidade estabelece e apresenta as razões que fundamentam a liberdade igual e sua prioridade como *as lentes* por meio das quais a constituição deve ser elaborada (convenção constitucional) e deve ser interpretada (equilíbrio refletido). Há, pelo menos, duas razões que levam a justiça como equidade a realizar essa divisão entre a regência das normas constitucionais pelo princípio da liberdade igual e a regência das demais normas jurídicas, especialmente as normas legais, pelo princípio da igualdade democrática, o princípio relativo às questões econômicas e sociais. Em outras palavras, existem duas razões, pelo menos, para que o princípio relativo às questões sociais e econômicas não tenha suas normas correspondentes diretamente incluídas na constituição. Elas correspondem às razões que justificam a divisão da estrutura básica em duas partes.

A primeira razão é a razão da distinção funcional das instituições. Essa razão foi abordada *inicialmente* na discussão da constituição como parte da estrutura básica da sociedade²⁷². Para a justiça como equidade, a função distributiva distintiva da constituição é a de distribuir direitos e deveres fundamentais e não de distribuir os ônus e bônus advindos da cooperação social. A distribuição dos ônus e bônus da cooperação social é uma função dos arranjos econômicos e sociais e não da constituição. Isso é assim porque a constituição é uma instituição de regulação e controle de outras instituições²⁷³. A constituição não se confunde com as instituições que ela regula e controla. Mais adiante, veremos como Rawls descreve as instituições que distribuem os ônus e bônus da cooperação²⁷⁴. Na linha de pensamento em questão, a constituição é uma instituição que não se confunde, por exemplo, com as instituições que regulamentam o mercado de capitais, que regulamentam o mercado de trabalho, que regulamentam a estrutura fundiária e assim por diante. A constituição tem a função de estabelecer o processo político em geral e os direitos e liberdades fundamentais. Essa dupla função da constituição rege as instituições relativas ao mercado de capitais, às relações de trabalho e à questão fundiária e a muitas outras questões, mas essas instituições não são a constituição. Questões de liberdade não são idênticas a questões de renda e riqueza e de posição funcional. Assim, as normas sobre questões econômicas e sociais não são normas constitucionais, embora as normas sobre o processo político e sobre os direitos e liberdades fundamentais as rejam.

A segunda razão é a razão da impossibilidade de estabilidade social por meio da igualdade social e econômica. Ela foi abordada há pouco como uma das razões que explicam a prioridade da liberdade igual como fundamento da constituição²⁷⁵. Essa razão reforça a divisão da estrutura básica em duas partes. Como vimos, ela afirma ser impossível haver estabilidade social por meio da plena igualdade econômica e social, pois isso pressupõe uma sociedade em que o acervo de bens primários seja fixo (não expansível pela cooperação) e em que a valorização de uma pessoa (seu *status* e seu autorrespeito) dependa de seu lugar relativo na distribuição de renda e riqueza. Para a justiça como equidade, uma constituição deve apoiar o igual *status* das pessoas por

²⁷² Cf. seção 1.2.

²⁷³ John Rawls, 1971, p. 227; *id.*, 1999a, p. 200.

²⁷⁴ Cf. seção 5.1.2.

²⁷⁵ Cf. seção 2.2.3.

meio da igual distribuição de direitos e liberdades fundamentais, pois, numa sociedade bem ordenada com necessidades básicas satisfeitas, é a igualdade de *status* em direitos e liberdades fundamentais e não a igualdade em questões econômicas e sociais que permite a cooperação conducente ao autorrespeito e à estabilidade.

A razão da distinção funcional das instituições e a razão da impossibilidade da estabilidade social por meio da plena igualdade econômica e social explicam por que normas relativas à igualdade econômica e social (as normas que dizem respeito ao princípio da igualdade equitativa de oportunidade e ao princípio da diferença) não fazem parte da constituição descrita pela justiça como equidade, isto é, não compõem o critério independente de avaliação da justiça da constituição. Elas explicam por que a constituição descrita pela justiça como equidade não procura satisfazer o segundo princípio da justiça acordado na posição original, explicam a divisão da estrutura básica da sociedade em duas partes e explicam a divisão dos dois princípios. Essas duas razões, contudo, não aparecem isoladamente: elas fazem parte de um sistema de raciocínios que compõem a justiça como equidade. Assim, elas não significam de modo algum a indiferença da constituição às questões sociais e econômicas; elas não pretendem que a divisão da estrutura básica da sociedade em duas signifique incomunicabilidade entre questões de liberdade igual e questões de igualdade econômica e social; tampouco elas significam isolamento entre os princípios da liberdade igual e da igualdade democrática.

A resposta à terceira questão está praticamente concluída, mas ela ainda requer que se mostre *se a constituição está relacionada* às questões sociais e econômicas, não obstante haja distinção entre elas e as questões constitucionais. Para teoria da justiça como equidade, essa relação existe e é estabelecida por meio da noção de *valor da liberdade*, que consta no raciocínio desenvolvido por Rawls que convenciono denominar aqui de *raciocínio da distinção entre liberdade e valor da liberdade*.

Assim como o conceito de liberdade e a concepção de liberdade, também a liberdade e o valor da liberdade são ideias distintas. A distinção entre liberdade e valor da liberdade é muito importante para a compreensão da liberdade igual *e de suas relações com a igualdade democrática e com o direito a um mínimo social*. A compreensão dessas

relações diz respeito à questão de saber, nas palavras de Rawls, se a pobreza, a ignorância, isto é, a falta de meios em geral poderia ser contada entre as restrições da liberdade. Para Rawls, a falta de meios em geral não afeta a *liberdade*, embora afete o *valor da liberdade*²⁷⁶. A distinção entre liberdade e valor da liberdade é apresentada por ele assim²⁷⁷: a liberdade consiste no sistema todo das liberdades básicas, também denominado pelo autor de sistema completo das liberdades da cidadania igual; já o valor da liberdade consiste no valor, para os indivíduos e para os grupos, dos direitos definidos pelo primeiro princípio da justiça. Rawls se refere ao valor da liberdade nesses termos: “[...] o valor da liberdade para pessoas e grupos depende de sua capacidade de promover seus fins dentro da estrutura [que] o sistema define”²⁷⁸. Isso significa que a liberdade ou o sistema jurídico-institucional como sistema de liberdades básicas iguais, como sistema de direitos e liberdades fundamentais, é o mesmo para todas as pessoas, mas o valor da liberdade ou o valor desse sistema jurídico-institucional não é o mesmo para todas elas. O valor da liberdade depende da *capacidade*²⁷⁹ de um indivíduo ou de um grupo de aproveitar seus direitos e oportunidades.

Por meio da distinção entre liberdade e valor da liberdade, a teoria da justiça como equidade reconhece que, mesmo numa sociedade bem ordenada, algumas pessoas possuem mais renda e riqueza, mais autoridade e saber, mais saúde e vigor, e, assim, podem aproveitar melhor o sistema completo de liberdades básicas iguais para promover seus planos racionais de vida e que as pessoas que possuem menos renda e riqueza, menos autoridade e saber, menos saúde e vigor não podem aproveitar o sistema todo das liberdades básicas iguais como poderiam²⁸⁰. Não obstante, a teoria da justiça como equidade sustenta que as pessoas menos favorecidas devem ser compensadas pelo menor valor que a liberdade tem para elas: “a capacidade dos membros menos afortunados da sociedade de alcançar seus objetivos seria ainda menor, não deveriam eles aceitar as desigualdades existentes sempre que o princípio da diferença fosse

²⁷⁶ John Rawls, 1971, p. 204.

²⁷⁷ John Rawls, 1971, p. 204-205.

²⁷⁸ John Rawls, 1971, p. 204. “[...] the worth of liberty to persons and groups is proportional to their capacity to advance their ends within the framework the system defines.”

²⁷⁹ John Rawls, 1971, p. 204; *id.*, 1999a, p. 179. A definição do *valor da liberdade* como *capacidade* de um indivíduo ou de um grupo de aproveitar seus direitos e oportunidades se assemelha à ideia estruturante da abordagem das capacidades [*capabilities approach*], embora a abordagem em questão critique sua noção de bens primários. Cf. Amartya Kumar Sen, 1979; *id.*, 1985; *id.*, 1989; *id.*, 1999; Martha Craven Nussbaum, 1987; *id.*, 2001.

²⁸⁰ John Rawls, 1971, p. 204; *id.*, 1999a, p. 179.

satisfeito”²⁸¹. Assim, nos termos da teoria, as desigualdades são admitidas em termos de maior e menor *valor da liberdade*, mas não em termos de maior ou menor *liberdade*. Do mesmo modo, compensação por uma menor capacidade de usufruir do sistema todo de liberdades básicas iguais não se confunde com tornar boa uma liberdade desigual²⁸². Como foi visto no argumento a favor da prioridade do primeiro princípio, no estágio civilizatório ou no ponto do curso civilizacional que permite a diferenciação dos dois princípios, a liberdade é a mesma para todas as pessoas e elas não estão dispostas a ter menos do que a liberdade igual em troca de benefícios materiais. Embora se coloque a questão de compensar um menor valor da liberdade para um indivíduo ou grupo, a questão de compensar menos do que a liberdade igual não se coloca.

A distinção entre liberdade e valor da liberdade permite que compreendamos a relação entre a liberdade igual e a igualdade democrática ou a relação entre as duas partes da estrutura básica da sociedade: a constituição e as demais principais instituições sociais expressas juridicamente. O conceito de valor da liberdade permite relacionar a compensação equitativa de oportunidades e a compensação das diferenças de renda e riqueza à vivência justa das liberdades básicas iguais. Em outras palavras, a colocação em evidência da necessidade de compensar as diferentes *capacidades* para vivenciar as liberdades básicas permite explicar a importância da solução de problemas relacionados à igualdade para a efetivação de uma sociedade livre. *O objetivo a atingir por meio da igualdade democrática, isto é, por meio da igualdade equitativa de oportunidades e do princípio da diferença, não é a igualdade econômica e social em termos aritméticos.* Como vimos na retomada da justificativa da fatoração da estrutura básica e nos primeiros parágrafos desta seção, é impossível haver estabilidade social por meio da igualdade econômica e social²⁸³. *O objetivo a atingir por meio da igualdade equitativa de oportunidades e do princípio da diferença tendo a liberdade igual como prioridade é a elevação do valor da liberdade para os menos favorecidos, isto é, de sua capacidade para vivenciar seu plano racional de vida de acordo com suas próprias convicções morais, religiosas e filosóficas, isto é, de acordo com sua liberdade de consciência.*

²⁸¹ John Rawls, 1971, p. 204; *id.*, 1999a, p. 179. “The lesser worth of liberty is, however, compensated for, since the capacity of the less fortunate members of society to achieve their aims would be even less were they not to accept the existing inequalities whenever the difference principle is satisfied”.

²⁸² John Rawls, 1971, p. 204-205; *id.*, 1999a, p. 179.

²⁸³ John Rawls, 1971, p. 545-546; *id.*, 1999a, p. 478. Cf. seção 2.2.3.

Nesse contexto, é possível compreender as palavras de Rawls²⁸⁴ quando ele afirma que “tomando os dois princípios em conjunto, a estrutura básica deve ser arranjada para maximizar o valor, para os menos avantajados, do esquema completo de liberdade igual compartilhado por todos” e que “*isso define a finalidade da justiça social*” (grifo meu). A teoria da justiça como equidade procura realizar uma reconciliação entre liberdade e igualdade e essa reconciliação procura ser estabelecida justamente por meio do conceito de valor da liberdade, ou melhor, por meio da *maximização do valor da liberdade*. Em outras palavras, *a finalidade da justiça social é maximizar o valor da liberdade*.

O conceito de valor da liberdade permite relacionar não só a igualdade equitativa de oportunidade e o princípio da diferença, mas também o direito a um mínimo social à vivência justa das liberdades básicas iguais. Com efeito, o valor da liberdade consiste no valor dos direitos definidos por meio do primeiro princípio da justiça para os indivíduos e os grupos. Isso significa que o valor da liberdade para as pessoas depende de sua capacidade de aproveitar seus direitos e oportunidades. Situações como pobreza e ignorância, isto é, a falta de meios em geral não são situações que afetem a liberdade, isto é, o sistema jurídico-institucional como sistema de liberdades básicas, mas são situações que afetam o valor que esse sistema tem para elas²⁸⁵. A falta de meios em geral tende a mudar a escala de prioridades de indivíduos e grupos: a premência material tende a tornar secundárias as questões que em condições normais são inegociáveis. No arranjo institucional da justiça como equidade, o mínimo social tem como efeito a maximização das expectativas das pessoas situadas na posição menos favorecida, pois ele é definido pelo princípio da diferença. Nesse arranjo, o mínimo social é a maneira monetária de atender às necessidades básicas de uma pessoa ou de um grupo, sendo o atendimento às necessidades básicas definido de maneira abrangente por meio da concepção de bens primários sociais. Abordarei o direito a um mínimo social detalhadamente mais adiante²⁸⁶. No momento, o que procuro mostrar é que o direito a um mínimo social descrito pela justiça como equidade garante a maior transferência que a estrutura básica consegue fornecer para sua posição menos favorecida. Fornecendo os meios financeiros indispensáveis à vivência dos bens

²⁸⁴ John Rawls, 1971, p. 205; *id.*, 1999a, p. 179. “Taking the two principles together, the basic structure is to be arranged to maximize the worth to the least advantaged of the complete scheme of equal liberty shared by all. This defines the end of social justice.”

²⁸⁵ John Rawls, 1971, p. 204.

²⁸⁶ Cf. capítulo V.

primários sociais ainda que na posição menos favorecida da estrutura econômica e social, o mínimo social concretiza a capacidade de as pessoas aproveitarem seus direitos e oportunidades. Isso significa que o direito a um mínimo social é condição *sine qua non* de exercício dos direitos e liberdades fundamentais e condição *sine qua non* de exercício dos direitos políticos ou direitos de cidadania.

Agora, a resposta à terceira questão está completa: sabemos por que o princípio da igualdade equitativa de oportunidade e o princípio da diferença não possuem normas correspondentes na constituição e sabemos que a constituição, não obstante, se relaciona com essas questões por meio do valor da liberdade. Temos, assim, completada a resposta à última das três perguntas que emergem da afirmação de Rawls de que a constituição deve ser um procedimento justo que satisfaça os requisitos de liberdade igual²⁸⁷. No entanto, essas considerações sobre a ausência de normas correspondentes ao segundo princípio na constituição levantam um ponto importante: o do modo como o primeiro princípio se concretiza na constituição descrita pela justiça como equidade. Em outras palavras, o problema que surge, agora, é saber como o primeiro princípio da justiça se concretiza na constituição de acordo com a teoria de Rawls. A liberdade igual é aplicada à constituição ou se concretiza nela na forma de princípio. Mais precisamente, a liberdade igual se concretiza na constituição na forma de princípio da liberdade igual de participação. Isso é visto na próxima seção.

2.2.5 A liberdade igual na constituição: a liberdade de participação

A concepção de constituição em Rawls envolve três elementos: o elemento do procedimento, o da liberdade e o da efetividade. No momento, estamos abordando o elemento da liberdade. A descrição da liberdade igual e de sua prioridade como critério independente de avaliação da justiça da constituição está praticamente concluída. Resta, no entanto, saber como a liberdade igual se concretiza na constituição. Em outros termos, resta saber que norma ou conjunto de normas atende ao critério da liberdade igual. Para Rawls, a liberdade igual se concretiza ou é atendida na forma de liberdade de participação, também chamado de liberdade igual de participação.

²⁸⁷ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194. Essas perguntas foram feitas no início da seção 2.2.

O princípio de participação igual afirma que todos os cidadãos devem ter um direito igual de tomar parte e de determinar o resultado do processo político previsto na constituição, isto é, do processo legislativo ou processo de elaboração das leis que eles mesmos deverão cumprir²⁸⁸. O princípio de participação igual é o princípio de liberdade igual aplicado ao procedimento político definido pela constituição: ele transfere da posição original para a constituição a situação inicial de igualdade de posições e de representação equitativa²⁸⁹. O princípio de participação expressa o elemento da liberdade, assim como o processo político previsto na constituição expressa o elemento do procedimento.

Para evitar mal-entendidos, Rawls afirma que o princípio de participação se aplica a instituições e que esse princípio não define um ideal de cidadania, nem estabelece um dever que requer que todos tomem parte ativamente nos negócios políticos²⁹⁰. Isso significa que o princípio de igual participação não exige que todas as pessoas sejam dedicadas à atividade política, embora todas tenham direito a esse engajamento. Rawls entende que a constituição deve estabelecer direitos iguais de engajamento em negócios públicos e que medidas destinadas a manter o valor equitativo dessas liberdades devem ser tomadas, ainda que, diante das muitas concepções de bem viver, apenas uma fração pequena de pessoas destine muito de seu tempo à política. Embora não haja um dever que requeira que todos participem ativamente dos negócios políticos, os indivíduos têm deveres e obrigações que são discutidos como uma questão à parte²⁹¹. A fração ativamente participante, qualquer que seja seu tamanho, tende a ser retirada mais ou menos igualmente de todos os setores da sociedade²⁹².

A questão que se coloca é a de saber o que mais precisamente o princípio de participação igual requer em circunstâncias favoráveis. Rawls afirma que os requisitos desse princípio são bem conhecidos: eles consistem na liberdade dos antigos²⁹³ com os

²⁸⁸ John Rawls, 1971, p. 194; *id.*, 1999a, p. 221.

²⁸⁹ John Rawls, 1971, p. 195; *id.*, 1999a, p. 221-222.

²⁹⁰ John Rawls, 1971, p. 227; *id.*, 1999a, p. 200.

²⁹¹ John Rawls, 1971, p. 333-391; *id.*, 1999a, p. 293-343.

²⁹² John Rawls, 1971, p. 227; *id.*, 1999a, p. 200.

²⁹³ Benjamin Constant, 2010.

ajustes necessários às condições existentes²⁹⁴. Rawls enuncia alguns *elementos de um regime constitucional* requeridos pelo princípio de participação igual: a assembleia legislativa (o congresso) com poderes de elaboração de lei e não como corpo consultivo; os partidos políticos com uma concepção de vida boa para promover e com apoio do eleitorado e não como grupos de interesse dirigidos ao governo em benefício próprio; o direito de todos os adultos são de tomar parte nos assuntos políticos; o preceito “um eleitor, um voto”; as eleições justas, livres e periódicas; as proteções constitucionais firmes para certas liberdades, especialmente a liberdade de expressão, o direito de reunião e a liberdade de associação²⁹⁵. Rawls observa que essas proteções constitucionais expressam a concepção de *oposição legal*. Ela decorre do reconhecimento de que a falta de unanimidade é uma condição normal da vida humana. Assim, para Rawls, testes esporádicos e inesperados do sentimento público, realizados “convenientemente” por aqueles que estão no poder, via plebiscito ou outros meios, não são suficientes para um regime representativo. Em outras palavras, Rawls observa que a concepção de oposição legal expressa por meio de normas constitucionais que a protegem é indispensável para que a política da democracia possa ser conduzida com propriedade e perdurar por muito tempo²⁹⁶.

Enunciados alguns requisitos do princípio de participação igual numa democracia constitucional, Rawls faz algumas observações sobre a liberdade igual definida por meio do princípio de participação. Elas dizem respeito a seu significado, à sua extensão e às medidas de realce de seu valor. Tendo em vista as finalidades deste escrito, deixo para abordar as medidas que realçam *o valor* da participação igual ou liberdade política igual para a próxima seção, como questão separada²⁹⁷.

A observação feita pelo autor a respeito do sentido da liberdade igual definida via princípio de participação igual recai sobre o preceito “um eleitor, um voto” e sobre o acesso igual à função pública em sentido amplo. Rawls argumenta nos termos que se seguem²⁹⁸. Quanto ao preceito “um eleitor, um voto”, ele significa que cada voto deve ter aproximadamente o mesmo peso na determinação do resultado das eleições e que

²⁹⁴ John Rawls, 1971, p. 195; *id.*, 1999a, p. 222.

²⁹⁵ John Rawls, 1971, p. 195; *id.*, 1999a, p. 222.

²⁹⁶ John Rawls, 1971, p. 195; *id.*, 1999a, p. 222.

²⁹⁷ Cf. seção 1.5.2.6.

²⁹⁸ John Rawls, 1971, p. 196; *id.*, 1999a, p. 223.

cada membro do corpo legislativo, com um voto cada, deve representar o mesmo número de eleitores. Rawls presume que a constituição estabeleça o voto distrital de acordo com critérios imparciais de definição dos distritos ou circunscrições eleitorais. Nesses termos, cada distrito ou circunscrição elege, sem os efeitos do *gerrymandering*²⁹⁹, um membro do corpo legislativo. Quanto ao acesso igual à função pública em sentido amplo, “todos os cidadãos devem ter um acesso igual, pelo menos no sentido formal, à função pública”³⁰⁰. Isso significa que cada pessoa deve estar apta ingressar num partido político, a concorrer a cargos eletivos e a ocupar posições de autoridade. Não obstante, é possível haver alguns requisitos de interesse comum para acesso às funções públicas, como idade, residência e outros razoavelmente relacionados às atribuições do cargo, desde que não discriminem injustamente entre pessoas ou grupos.

Já a observação feita pelo autor a respeito da extensão da liberdade igual definida via princípio de participação igual recai sobre quão extensa a participação política igual deve ser. É preciso, antes, ter nítido o que significa essa extensão para Rawls. Vejamo-la³⁰¹. A extensão da liberdade política igual significa que cada uma das liberdades políticas iguais pode ser mais ou menos amplamente definida. A variação principal incidente sobre cada uma das liberdades, considerando as demais liberdades fixas, depende do grau em que a constituição é majoritária. Assim, a liberdade política igual mais extensa é estabelecida por uma constituição que, sem quaisquer constringências constitucionais, institui a regra majoritária simples [*bare majority rule*] para todas as decisões políticas relevantes. Por conseguinte, a liberdade política igual menos extensa é estabelecida por uma constituição que limita a abrangência [*scope*] e a autoridade das maiorias. A *limitação da extensão do princípio de participação* é normalmente realizada por meio do requisito de maior pluralidade para certas medidas, da restrição de poderes da assembleia encetada por uma declaração de direitos [*bill of rights*] e dos expedientes clássicos do constitucionalismo: o bicameralismo, a separação de poderes

²⁹⁹ *Gerrymandering* é o ato de alterar as fronteiras dos distritos eleitorais para alterar previamente o resultado das eleições. Normalmente, seu objetivo é manter ou aumentar a bancada parlamentar do partido que está no poder. Ele pode ser usado para favorecer ou para prejudicar a representação de grupos sociais no poder legislativo. George L. Clark, 2004, p. 13. Cf. David Lublin, 1997; Sandra L. Myres, 1970.

³⁰⁰ John Rawls, 1971, p. 196; *id.*, 1999a, p. 223. “[...] all citizens are to have an equal access, at least in the formal sense, to public office”.

³⁰¹ John Rawls, 1971, p. 197; *id.*, 1999a, p. 224.

combinada com o sistema de freios e contrapesos, a declaração de direitos com controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos. Essas limitações estão em conformidade com a liberdade política igual, desde que elas se apliquem a todas as pessoas e recaiam, ao longo do tempo, sobre todos os setores sociais. A declaração de direitos (os direitos e liberdades fundamentais) e os expedientes clássicos do constitucionalismo (bicameralismo, separação de poderes com sistema de freios e contrapesos, controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos) aplicados a todas as pessoas e a todos os setores sociais são limites à extensão do princípio de participação igual que, se estivessem todos ausentes, estabeleceriam uma constituição regida pela regra majoritária simples. Entendida a extensão da liberdade política igual, a questão é saber quão extensa a liberdade política igual deve ser.

A liberdade de participação pode ser limitada em sua extensão por meio da declaração de direitos e dos expedientes clássicos do constitucionalismo, embora ela possa ser limitada também por meio de desigualdades nas liberdades políticas e por meio de maiores ou de menores recursos sociais destinados a garantir o valor dessas liberdades para os cidadãos representativos³⁰². A *extensão* do princípio de participação tem sua definição dada pelo *grau* em que os mecanismos do constitucionalismo restringem o procedimento da regra da maioria [*majority rule*]: seu alcance, as questões sobre as quais a maioria tem uma autoridade final e a velocidade de concretização de suas decisões³⁰³. A extensão desse princípio não tem sua extensão dada pelo *grau* em que os direitos e liberdades fundamentais restringem esse procedimento porque eles são elementos básicos sem os quais as partes na posição original e a pessoas numa democracia constitucional não têm como reconhecer uma adequação entre liberdade igual e constituição. Assim, supondo que as restrições sobre a regra da maioria incidam igualmente sobre todos, argumenta Rawls, sua justificação é a de que essas restrições protegem outras liberdades³⁰⁴. Como o processo político é um caso de justiça procedimental imperfeita, as restrições constitucionais à regra da maioria cumprem a função de conduzir o processo político à produção de um acervo legislativo mais justo. A liberdade de participação menos extensa é compensada com a maior segurança e a maior extensão de outras liberdades, *pois a regra ilimitada da maioria é tida como*

³⁰² John Rawls, 1971, p. 228; *id.*, 1999a, p. 200.

³⁰³ John Rawls, 1971, p. 228; *id.*, 1999a, p. 201.

³⁰⁴ John Rawls, 1971, p. 229; *id.*, 1999a, p. 201.

hostil às demais liberdades. Desse modo, medidas que, por exemplo, compelem a maioria a adiar a concretização de sua vontade forçam-na a tomar uma decisão mais refletida.

Até agora, abordamos o significado, a extensão e a limitação da extensão da liberdade de participação. Rawls faz ainda algumas observações sobre a liberdade de participação. Entre elas, há uma que eu gostaria de mencionar: a observação sobre o equilíbrio entre a liberdade de participação e as demais liberdades. Rawls lembra que “um dos pontos fundamentais do liberalismo clássico é que as liberdades políticas são de importância menos intrínseca do que a liberdade de consciência e a liberdade da pessoa”³⁰⁵. O autor continua: “fosse alguém forçado a escolher entre as liberdades políticas e todas as outras, a governança de um bom soberano que reconhecesse as últimas e que apoiasse o estado de direito seria de longe preferível”³⁰⁶. Dito de outro modo, as liberdades dos modernos³⁰⁷ seriam muito mais preferíveis. Rawls nota, contudo, que o princípio de participação é sustentado pelo liberalismo clássico *porque esse princípio garante que o governo respeite os direitos e o bem-estar dos governados* e que a gradação entre as diversas liberdades e o princípio de participação é uma questão de sopesamento e não uma questão de tudo ou nada. O que gostaria de destacar é tanto a justificativa para a adoção da liberdade dos antigos quanto a posição da justiça como equidade a respeito do ponto equilíbrio entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos: não é atribuição de uma teoria da justiça resolver concretamente esse equilíbrio, embora seja atribuição dela lembrar que, idealmente, o procedimento constitucional deve permitir uma abrangência para o valor da liberdade de participação *que não ponha em risco as demais liberdades, como a liberdade de consciência e de pensamento e a liberdade da pessoa*³⁰⁸.

Como foi dito há pouco, a liberdade de participação também pode ser limitada por meio de desigualdades nas liberdades políticas. Ressalvada uma distinção, a liberdade política

³⁰⁵ John Rawls, 1971, p. 229; *id.*, 1999a, p. 201-202. “One of the tenets of classical liberalism is that the political liberties are of less intrinsic importance than liberty of conscience and freedom of the person”.

³⁰⁶ John Rawls, 1971, p. 229; *id.*, 1999a, p. 202. “Should one be forced to choose between the political liberties and all the others, the governance of a good sovereign who recognized the latter and who upheld the rule of law would be far preferable”.

³⁰⁷ Benjamin Constant, 2010, p. 7-44.

³⁰⁸ John Rawls, 1971, p. 230; *id.*, 1999a, p. 202.

desigual é justificada da mesma forma como a desigualdade na extensão da liberdade: ela se baseia no ponto de vista do cidadão representativo que avalia o sistema total de liberdade no estágio da convenção constitucional. A ressalva se deve ao problema da desigualdade. Para a teoria da justiça como equidade, “uma desigualdade na estrutura básica tem sempre de ser justificada para aqueles na posição de desvantagem. Isso se sustenta para qualquer bem primário social e especialmente para a liberdade”³⁰⁹. O autor afirma na sequência que, “portanto, a regra de prioridade requer que nós mostremos que a desigualdade de direito seria aceita pelo menos favorecido em retorno pela maior proteção de suas outras liberdades que resulta dessa restrição”³¹⁰. Rawls considera que a desigualdade política mais óbvia é a violação ao preceito “um eleitor, um voto” ou “uma pessoa, um voto” e que, até recentemente, a discussão sobre a representação não dizia respeito às *peessoas*, mas sim aos *interesses* a serem representados. Se fosse presumido que essa violação é em benefício dos menos favorecidos e que eles concordassem com isso, o voto plural, com pesos diferentes, como sustenta John Stuart Mill, poderia ser considerado perfeitamente justo³¹¹, mas não é isso que Rawls sustenta.

Rawls defende a liberdade política igual, o autogoverno, desde que seus fundamentos não sejam apenas instrumentais³¹². Para o autor, a liberdade política entendida nesses termos não é pensada para satisfazer o desejo individual por autossenhório nem para viabilizar uma luta pelo poder; nem de longe a liberdade política responde à ambição de ditar a vida dos outros. Isso porque a liberdade política regida pelo primeiro princípio chama cada pessoa a moderar suas reivindicações por meio do que todo mundo é capaz de reconhecer como justo: a liberdade política garantida por seu valor equitativo é projetada, então, para fornecer uma base segura para a construção da sociedade³¹³. Como cada um deve moderar suas reivindicações por meio do entendimento comum sobre o que pode ser considerado justo, o agir político passa a ser construído

³⁰⁹ John Rawls, 1971, p. 231; *id.*, 1999a, p. 203. “An inequality in the basic structure must always be justified to those in the disadvantaged position. This holds whatever the primary social good and especially for liberty”.

³¹⁰ John Rawls, 1971, p. 231; *id.*, 1999a, p. 203. “Therefore the priority rule requires us to show that the inequality of right would be accepted by the less favored in return for the greater protection of their other liberties that results from this restriction”.

³¹¹ John Rawls, 1971, p. 232-233; *id.*, 1999a, p. 204-205.

³¹² John Rawls, 1971, p. 233; *id.*, 1999a, p. 205.

³¹³ John Rawls, 1971, p. 233; *id.*, 1999a, p. 205.

cooperativamente: “o desejo público de consultar e de levar as crenças e interesses de todo mundo em conta estabelece as fundações para a amizade cívica e molda o *ethos* da cultura política”³¹⁴. Além de fornecer uma base segura para a constituição da sociedade, o autogoverno com a garantia do valor equitativo dos direitos políticos iguais tem o efeito de incrementar a autoestima e o senso de competência política do cidadão médio. Nas palavras de Rawls, “como se espera que ele [o cidadão médio] vote, espera-se que ele tenha opiniões políticas”³¹⁵. Essas opiniões decorrem de sua vida e de seu pensamento e não do provável retorno que suas propensões políticas podem fornecer. Elas levam o cidadão médio a debater e o debate o leva a refletir sobre suas opiniões, contribuindo para que ele forme uma concepção mais ampla de sociedade e para que ele desenvolva suas faculdades intelectuais e morais. Em suma, todas essas considerações “mostram que a liberdade igual não é apenas um meio. Essas liberdades fortalecem o sentido das pessoas de seu próprio valor, alargam suas sensibilidades morais e intelectuais e estabelecem a base a favor de um senso de dever e obrigação da qual a estabilidade de instituições justas depende”³¹⁶. Essa concepção de liberdade política desafia a interpretação de que a precedência da liberdade em Rawls esteja dissociada dos elementos básicos da dimensão da vida comunitária como cooperação, amizade cívica e *ethos* da cultura política.

Em síntese, o princípio de participação igual afirma que todos os cidadãos devem ter um direito igual de tomar parte e de determinar o resultado do processo político previsto na constituição e que sua aplicação é destinada a pessoas e instituições. Embora ele não defina um ideal de cidadania, nem estabeleça um dever que requer que todos tomem parte ativamente nos negócios políticos, o princípio de participação igual estabelece direitos iguais de engajamento em negócios públicos e o dever de tomar medidas destinadas a manter o valor equitativo dessas liberdades. Ele requer, como vimos, assembleia legislativa com poderes de elaboração de lei; os partidos políticos com apoio

³¹⁴ John Rawls, 1971, p. 234; *id.*, 1999a, p. 205. “The public will to consult and to take everyone’s beliefs and interests into account lays the foundations for civic friendship and shapes the ethos of political culture”.

³¹⁵ John Rawls, 1971, p. 234; *id.*, 1999a, p. 205. “Since he is expected to vote, he is expected to have political opinions”.

³¹⁶ John Rawls, 1971, p. 234; *id.*, 1999a, p. 205. “All of these considerations, Mill and others have made familiar. They show that equal political liberty is not solely a means. These freedoms strengthen men’s sense of their own worth, enlarge their intellectual and moral sensibilities, and lay the basis for a sense of duty and obligation upon which the stability of just institutions depends.”

do eleitorado e com uma concepção de vida boa para defender, o direito de todos os adultos são de tomar parte nos assuntos políticos; o preceito “um eleitor, um voto”; as eleições justas, livres e periódicas; as proteções constitucionais firmes para certas liberdades diretamente relacionadas, especialmente a liberdade de expressão, o direito de reunião e a liberdade de associação. É evidente que a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade da pessoa, a liberdade contra a prisão e a detenção arbitrárias como definido pelo conceito de estado de direito e a liberdade de ter propriedade pessoal são pressupostos da liberdade de participação igual. Com efeito, o estado de direito [*the rule of law*] é essencial à concretização da liberdade igual via princípio de igual participação. É o estado de direito que protege *os direitos da pessoa* [*rights of the person*] e é por meio dele que esses direitos são relacionados na justiça como equidade à prioridade da liberdade. Sem estado de direito não há concretização possível da prioridade da liberdade igual³¹⁷. Rawls resume a descrição do princípio de participação afirmando que “uma constituição justa estabelece uma forma de rivalidade equitativa por cargo político e autoridade”³¹⁸. Isso significa, nas palavras do autor, que “ao apresentar concepções do bem público e políticas projetadas para promover fins sociais, partidos rivais procuram a aprovação dos cidadãos de acordo com regras procedimentais justas com um *background* de liberdade de consciência e de reunião no qual o valor equitativo da liberdade política é garantido”³¹⁹. Assim, para Rawls, o princípio de participação compele os cidadãos que estão no exercício da autoridade a responder aos interesses do eleitorado de forma consistente com a justiça, uma vez que os princípios de justiça estão entre os principais critérios usados na avaliação do registro de um representante. Desse modo, o princípio de participação igual confere consistência à noção de *representação*³²⁰: ainda que possuam certa discricionariedade e capacidade de julgamento na elaboração da legislação, a representação do eleitorado é substantiva. O princípio de participação consiste, em resumo, na prescrição de que todo mundo deve ter o mesmo acesso ao procedimento político estabelecido pela constituição e sua

³¹⁷ John Rawls, 1971, p. 235-243; *id.*, 1999a, p. 206-213.

³¹⁸ John Rawls, 1971, p. 227; *id.*, 1999a, p. 199. “[...] we can say that a just constitution sets up a form of fair rivalry for political office and authority”.

³¹⁹ John Rawls, 1971, p. 227; *id.*, 1999a, p. 199. “By presenting conceptions of the public good and policies designed to promote social ends, rival parties seek the citizens’ approval in accordance with just procedural rules against a background of freedom of thought and assembly in which the fair value of political liberty is assured”.

³²⁰ Rawls tem em mente a noção de representação de H. F. Pitkin em seu *The concept of representation*. Cf. John Rawls, 1971, p. 227; *id.* 1999a, p. 200.

satisfação implica que o *status* comum de cidadania igual é possuído por todos³²¹. Um ponto, contudo, ainda resta para ser elucidado. Tendo em mente a distinção entre liberdade e valor da liberdade, é possível antever a distinção entre liberdade de participação e valor da liberdade de participação. Essa distinção é abordada na seção a seguir.

2.2.6 A liberdade de participação e o valor da liberdade de participação

Tendo em vista as finalidades deste escrito, as medidas que realçam o valor da participação igual ou valor da liberdade política igual são tratadas em separado nesta seção. Com efeito, a última observação feita pelo autor a respeito do sentido da liberdade igual definida via princípio de participação igual se dirige ao *valor da liberdade política*³²². A esse respeito, Rawls afirma que a constituição tem de incrementar o valor dos direitos iguais de participação para todos os membros da sociedade, isto é, ela tem de garantir ou subscrever uma oportunidade equitativa [*fair*] de cada pessoa tomar parte no e de influenciar o processo político. A ideia é a de que “[...] aqueles semelhantemente dotados e motivados devem ter *grosso modo* a mesma chance de atingir posições de autoridade política independentemente de suas classes econômicas e sociais”³²³.

Rawls pressupõe a distinção entre liberdade de participação e valor da liberdade de participação, que é corolário da distinção entre liberdade e valor da liberdade. Para que o valor equitativo dessas liberdades seja assegurado, um regime democrático pressupõe como certas a liberdade de expressão e de reunião e a liberdade de pensamento e de consciência, porque elas são requeridas pelo primeiro princípio e porque elas são necessárias à condução racional das questões políticas³²⁴. Essa pressuposição é certa porque, na ausência dessas liberdades, a racionalidade na condução das questões políticas perde sua garantia e os interesses especiais e não os interesses gerais é que passam a estabelecer políticas. Assim, para Rawls, há efetivamente um fórum público

³²¹ John Rawls, 1971, p. 227; *id.*, 1999a, p. 199.

³²² John Rawls, 1971, p. 197; *id.*, 1999a, p. 224-225.

³²³ John Rawls, 1971, p. 225; *id.*, 1999a, p. 197. “[...] ideally, those similarly endowed and motivated should have roughly the same chance of attaining positions of political authority irrespective of their economic and social class”. Cf. John Rawls, 1971, p. 73.

³²⁴ John Rawls, 1971, p. 225; *id.*, 1999a, p. 197. Essa é uma razão mencionada por John Stuart Mill. Eu gostaria de observar que a condução racional das questões políticas difere da condução irracional das questões políticas. A diferença, aqui, é entre os conceitos de democracia constitucional e de demagogia.

livre e aberto a todos em seção contínua quando todos efetivamente fazem uso dele e todos fazem uso dele quando todos dispõem de meios para se informar sobre questões políticas, quando todos podem efetivamente avaliar o modo como as diversas propostas afetam seu bem-estar, quando todos podem efetivamente avaliar quais políticas promovem sua concepção do bem público e quando todos têm uma chance equitativa de acrescentar propostas alternativas à agenda para a discussão política³²⁵.

No contexto das distinções entre liberdade e valor da liberdade e entre liberdade de participação e valor da liberdade de participação, compreende-se que as liberdades protegidas pelo princípio de participação igual perdem muito de seu valor na situação em que os que têm maiores meios privados têm a permissão de usar suas vantagens para controlar o curso do debate público³²⁶. Isso gera desigualdades quanto à liberdade de participação e essas desigualdades habilitam aqueles mais bem situados a exercitar uma influência maior sobre o desenvolvimento da legislação e a adquirir um peso preponderante no estabelecimento das questões sociais sobre as quais eles normalmente concordam em condições favoráveis³²⁷. É por isso que é preciso dar passos compensadores para preservar o valor equitativo das liberdades políticas iguais para todos. Rawls sugere que uma variedade de expedientes que podem ser usados³²⁸. Numa sociedade que permita a propriedade privada dos meios de produção, por exemplo, a propriedade e a riqueza devem ser amplamente distribuídas; recursos financeiros do estado [*government monies*] devem ser fornecidos com regularidade para incentivar a discussão pública livre; e os partidos políticos devem ser autônomos em relação aos interesses econômicos privados³²⁹. Para Rawls, a independência dos partidos em relação às demandas privadas requer que a sociedade sustente os custos de sua organização e participação no esquema constitucional por meio das rendas tributárias³³⁰. Do contrário, os partidos precisarão solicitar seu financiamento aos grupos econômicos e sociais mais favorecidos. Nesse caso, os interesses desses grupos tenderão a ser examinados com mais atenção pelos partidos, ao passo que os membros menos favorecidos da sociedade tenderão a se retirar do debate público em meio à apatia e ao ressentimento, em razão de

³²⁵ John Rawls, 1971, p. 225; *id.*, 1999a, p. 198. Essa é uma posição sustentada por Robert Dahl.

³²⁶ John Rawls, 1971, p. 225; *id.*, 1999a, p. 197.

³²⁷ John Rawls, 1971, p. 225; *id.*, 1999a, p. 197.

³²⁸ John Rawls, 1971, p. 225-226; *id.*, 1999a, p. 198.

³²⁹ John Rawls, 1971, p. 225-226; *id.*, 1999a, p. 198.

³³⁰ John Rawls, 1971, p. 226; *id.*, 1999a, p. 198.

terem sido efetivamente impedidos de exercer seu grau equitativo de influência por falta de meios³³¹.

A falha em garantir o valor equitativo da liberdade política é vista por Rawls como um dos principais defeitos que uma democracia constitucional pode ter: “os efeitos das injustiças no sistema político são muito mais graves e duradouros do que as imperfeições de mercado”³³². Para o autor, como o poder político rapidamente se acumula e se torna desigual, isto é, os que fazem uso do aparato coercitivo do estado e de suas leis rapidamente podem assegurar para si mesmos uma posição política mais favorável, as desigualdades quanto ao valor da liberdade política, isto é, as iniquidades econômicas e sociais, podem favorecer a desestruturação de um sistema de igualdade política que possa outrora ter valido para uma sociedade³³³. Em outras palavras, não adianta assegurar a liberdade política sem assegurar o valor da liberdade política. Assegurar o sufrágio universal sem assegurar o financiamento público de partidos e eleições torna o fórum político tão adstrito aos interesses dos grupos dominantes que as medidas requeridas para o estabelecimento de um estado constitucional justo tendem a ser raramente apresentadas³³⁴. Essa falha em garantir o valor equitativo da liberdade política é vista por Rawls como um dos principais defeitos históricos do estado constitucional: por um lado, o sistema jurídico tem tolerado disparidades na distribuição de propriedade e riqueza que excedem de longe o que é compatível com a igualdade política; por outro lado, os recursos públicos não têm sido destinados a manter as instituições requeridas para que haja o valor equitativo da liberdade política³³⁵. Diante disso, Rawls observa que o processo político democrático tem sido regido pela rivalidade e não tem tido, nem mesmo em teoria, as propriedades atribuídas pela teoria do preço aos mercados verdadeiramente competitivos³³⁶. Em outras palavras, não há verdadeira participação competitiva entre partidos no processo político. Rawls observa que, embora essas questões pertençam à sociologia política, elas são parte de uma teoria da justiça, pois a descrição de um arranjo ideal serve de padrão para avaliar instituições

³³¹ John Rawls, 1971, p. 226; *id.*, 1999a, p. 198.

³³² John Rawls, 1971, p. 226; *id.*, 1999a, p. 199. “Moreover, the effects of injustices in the political system are much more grave and long lasting than market imperfections”.

³³³ John Rawls, 1971, p. 226; *id.*, 1999a, p. 199.

³³⁴ John Rawls, 1971, p. 226; *id.*, 1999a, p. 199.

³³⁵ John Rawls, 1971, p. 226; *id.*, 1999a, p. 198-199.

³³⁶ John Rawls, 1971, p. 226; *id.*, 1999a, p. 199.

concretas³³⁷. A constituição precisa garantir, por conseguinte, a liberdade de participação igual e o valor da liberdade de participação igual.

Rawls afirma que, numa sociedade que estabeleça a propriedade privada dos meios de produção, para que o valor equitativo da igualdade de participação seja garantido, isto é, para que cada pessoa semelhantemente dotada e motivada possa ter *grosso modo* a mesma oportunidade de atingir posições de autoridade política independentemente de sua classe econômica e social³³⁸, não só os partidos políticos devem ser autônomos em relação aos interesses econômicos privados por meio de seu financiamento por meio das receitas tributárias, mas também a propriedade e a riqueza devem ser amplamente distribuídas³³⁹. Isso significa que, assim como o valor da liberdade relaciona a igualdade democrática (igualdade equitativa de oportunidade e princípio da diferença constringido pela poupança justa) à liberdade igual, o valor equitativo da liberdade política (valor equitativo da liberdade de participação) relaciona as normas sobre igualdade econômica e social (normas legais e demais normas jurídicas infraconstitucionais) às normas constitucionais (direitos e liberdades fundamentais e processo político em geral). É preciso, contudo, lembrar que a distinção entre liberdade de participação e valor da liberdade de participação é corolário da distinção entre liberdade e valor da liberdade. Desse modo, podemos afirmar que, numa sociedade que estabeleça a propriedade privada dos meios de produção, o valor equitativo da liberdade de participação resulta (1) da autonomia dos partidos políticos em relação aos interesses econômicos privados por meio de seu financiamento via receitas tributárias, (2) da normatização das desigualdades econômicas e sociais que é realizada em conformidade com o princípio da igualdade democrática e (3) da regulamentação do direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos.

O modo como Rawls entende a autonomia dos partidos políticos já foi objeto de nossas considerações, mas observações restam para serem feitas quanto à normatização das desigualdades econômicas e sociais e quanto à regulamentação do direito a um mínimo

³³⁷ John Rawls, 1971, p. 227; *id.*, 1999a, p. 199. Rawls faz sua observação sobre a representação com base em Frank H. Knight, *The ethics of competition and other essays*, 1935, p. 293-305.

³³⁸ John Rawls, 1971, p. 225; *id.*, 1999a, p. 197. “[...] ideally, those similarly endowed and motivated should have roughly the same chance of attaining positions of political authority irrespective of their economic and social class”. Cf. John Rawls, 1971, p. 73.

³³⁹ John Rawls, 1971, p. 225-226; *id.*, 1999a, p. 198.

social. Primeiro, eu gostaria de lembrar que as normas que concretizam o princípio da igualdade democrática têm o objetivo de elevar, em meio ao *ethos* social, a capacidade das pessoas para vivenciar seu plano racional de vida de acordo com sua liberdade de consciência e de pensamento, isto é, o objetivo de elevar valor que a liberdade tem para elas³⁴⁰. O direito a um mínimo social faz parte do arranjo jurídico-institucional responsável pela efetivação da igualdade democrática e, desse modo, participa dos esforços envidados para elevar o valor da liberdade. Teremos a oportunidade de analisar esse arranjo jurídico-institucional no capítulo sobre o mínimo social. Segundo, eu gostaria de observar que, na justiça como equidade, o direito a um mínimo social é um direito autônomo, embora ele tenha um papel relacionado ao papel do princípio da diferença e apareça relacionado a esse princípio no arranjo jurídico-institucional que o concretiza.

Com efeito, a justiça como equidade estabelece o direito a um mínimo social não só como direito relacionado à efetivação do princípio da diferença, mas também como direito autônomo. Eu sustento a autonomia do direito a um mínimo social na justiça como equidade como pressuposição para a elaboração e a interpretação dos princípios da justiça na posição original e como pressuposição da elaboração e da interpretação da constituição e das demais normas jurídicas. Eu sustento que essa pressuposição é não só uma pressuposição lógica, mas também é uma pressuposição apoiada na distinção entre liberdade e valor da liberdade. Essa autonomia é sustentada de outro modo por Rodney Peffer³⁴¹. Seu objetivo é desenvolver o delineamento de uma teoria moral e social marxista. Para tanto, Peffer procura interpretar e reconstruir a teoria moral implícita de Karl Marx, discutir a compatibilidade entre marxismo e moral, refutar as críticas de Marx à justiça e aos direitos para então tentar fornecer o delineamento de uma teoria moral e social marxista. Na sequência da análise da relação entre marxismo e moralidade em geral e da análise da relação entre marxismo e teorias da justiça e dos direitos em particular, Peffer encontra condições para construir uma “teoria adequada da justiça social” como “componente necessária de uma adequada teoria moral e social marxista”.

³⁴⁰ John Rawls, 1971, p. 205; *id.*, 1999a, p. 179. “Taking the two principles together, the basic structure is to be arranged to maximize the worth to the least advantaged of the complete scheme of equal liberty shared by all. This defines the end of social justice.”

³⁴¹ Rodney Peffer, 1989, p. 3-32, p. 316-433.

Nesse contexto, Peffer propõe seus princípios da justiça. Os princípios propostos por Peffer são comparados com uma teoria liberal da justiça social, que é a teoria de John Rawls, e a uma teoria marxista da justiça social, que é a teoria de Kai Nielsen. Peffer acaba fazendo uma reconstrução da teoria de Rawls com base nessas objeções à teoria da justiça como equidade. Desse modo, resultam princípios da justiça dispostos em quatro partes na seguinte ordem de prioridade: (1) o princípio do piso mínimo [*minimum floor principle*]; (2) o princípio da liberdade igual; (3) o princípio igualdade equitativa de oportunidade; (4) o princípio da diferença. Essa interpretação acrescenta o princípio antecedente do piso mínimo. De acordo com Peffer, esse princípio afirma que “os direitos de segurança e os direitos de subsistência de todos serão respeitados”³⁴². De forma mais precisa, o princípio do piso mínimo afirma que “os direitos básicos de segurança e de subsistência de todos devem ser atendidos, isto é, a integridade física de todos deve ser respeitada e todos devem ter garantidos um nível mínimo de bem estar material que inclua necessidades básicas, i.e., aquelas necessidades que têm de ser atendidas para permanecer um ser humano de funcionamento normal”³⁴³.

Essa reconstrução dos princípios da justiça como equidade é aceita em parte por Rawls. Embora Rawls não concorde com a necessidade de forma socialista de organização da economia sustentada por Peffer, Rawls concorda que o princípio do piso mínimo anteceda os demais princípios da justiça³⁴⁴. Nas palavras do autor:

Em particular, o primeiro princípio que cobre os direitos e liberdades básicos iguais pode ser facilmente precedido por um princípio lexicalmente anterior que requeira que as necessidades básicas dos cidadãos sejam satisfeitas, pelo menos na medida em que sua satisfação seja necessária para os cidadãos entenderem e serem frutiferamente capazes de exercitar aqueles direitos e liberdades. Certamente qualquer princípio como esse tem de ser assumido na aplicação do primeiro princípio³⁴⁵.

³⁴² Rodney Peffer, 1989, p. 418. “Everyone’s security rights and subsistence rights shall be respected”.

³⁴³ Rodney Peffer, 1989, p. 14. “Everyone’s basic security and subsistence rights are to be met: that is, everyone’s physical integrity is to be respected and everyone is to be guaranteed a minimum level of material well-being including basic needs, i.e., those needs that must be met in order to remain a normal functioning human being”.

³⁴⁴ John Rawls, 2005, p. 7.

³⁴⁵ John Rawls, 2005, p. 7. “In particular, the first principle covering the equal basic rights and liberties may easily be preceded by a lexically prior principle requiring that citizens’ basic needs be met, at least insofar as their being met is necessary for citizens to understand and to be able fruitfully to exercise those rights and liberties. Certainly any such principle must be assumed in applying the first principle”.

Embora Rawls não afirme explicitamente que o direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos seja um pressuposto apoiado na distinção feita por ele mesmo entre liberdade e valor da liberdade, não encontro razões para supor que Rawls pudesse se opor a essa interpretação. Também não encontro razões para supor que Rawls pudesse se opor à interpretação de que o direito a um mínimo social faz parte da constituição como item dos direitos e liberdades fundamentais que limitam a regra majoritária simples, isto é, como item dos limites ao princípio de igual participação. A regulamentação do direito a um mínimo social deve se estender normalmente pelos demais estágios normativos. O direito a um mínimo social deve se efetivar por meio de um arranjo jurídico-institucional. Um exemplo desse arranjo será visto no capítulo quinto.

2.3 Ainda o critério independente: a provável efetividade da constituição como inerente à liberdade igual e à participação igual

A constituição é descrita por Rawls, pelo menos na teoria original da justiça como equidade, basicamente, como um procedimento imperfeitamente justo e provavelmente efetivo de garantia da liberdade igual dos cidadãos. Com efeito, Rawls sustenta que “a constituição deve ser um procedimento justo que satisfaça os requisitos da liberdade igual”³⁴⁶ e que uma constituição “deve ser estruturada de modo que, de todos os arranjos justos factíveis, ela seja a mais provável do que qualquer outra de resultar num justo e efetivo sistema de legislação”³⁴⁷. Para o autor, “a justiça da constituição deve ser avaliada sob ambos os títulos, à luz do que as circunstâncias permitem, essas avaliações sendo feitas do ponto de vista da convenção constitucional”³⁴⁸. Essas considerações colocam os três aspectos da concepção de constituição sustentada na justiça como equidade: o procedimento, a liberdade e a efetividade. Desses, já abordei o procedimento e a liberdade. Resta, agora, abordar a efetividade.

³⁴⁶ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194. “First, the constitution is to be a just procedure satisfying the requirements of equal liberty; [...]”.

³⁴⁷ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194. “[...]; and second, it is to be framed so that all the feasible just arrangements, it is the one more likely than any other to result in a just and effective system of legislation”.

³⁴⁸ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194. “The justice of the constitution is to be assessed under both headings in the light of what circumstances permit, these assessments being made from the standpoint of the constitutional convention”.

Rawls afirma que a constituição deve ser estruturada de modo que, de todos os arranjos justos factíveis, ela seja a mais provável de resultar num justo e efetivo sistema de legislação. Assim, de todas as estruturas constitucionais justas factíveis, deve ser escolhida a estrutura constitucional justa que tenha a probabilidade mais elevada de instituir um sistema justo e efetivo de legislação. O problema que surge é o de como saber se uma estrutura procedimental constitucional tem mais chance do que outra de concretizar um sistema jurídico justo e efetivo. Para responder a essa questão, sugiro que é preciso ter em mente a descrição feita por Rawls do papel ou da função desempenhada pelos dois princípios da justiça.

Para explicar qual é o papel ou a função dos princípios da justiça, Rawls procura inicialmente definir o que é uma sociedade. Ele supõe uma sociedade como sendo uma associação mais ou menos autossuficiente, composta por pessoas que, em suas relações recíprocas, reconhecem certas regras de conduta como vinculantes e que, em sua maioria, agem de acordo com elas³⁴⁹. Além disso, ele procura definir essas regras de conduta como regras que especificam um sistema de cooperação social projetado para promover o bem daqueles que tomam parte nele³⁵⁰. Desse modo, uma sociedade é vista por Rawls como um empreendimento de vantagens mútuas, que é marcado por uma identidade de interesses e por um conflito de interesses³⁵¹. A identidade de interesses está nas vantagens mútuas. O conflito de interesses decorre do fato de as pessoas não ficarem indiferentes em relação ao modo de distribuição dos maiores benefícios produzidos por eles, por meio de sua colaboração. Com efeito, as pessoas preferem receber uma fatia maior dos benefícios produzidos socialmente por elas do que uma fatia menor. Do conflito de interesses existente numa sociedade, surge a necessidade de um conjunto de princípios de justiça.

Os princípios da justiça desempenham duas funções ou dois papeis. À primeira função dos princípios da justiça, eu chamaria de *a dupla função dos dois princípios* ou de *a função distintiva ou específica dos dois princípios*, ao passo que à segunda função dos dois princípios, eu chamaria de *a função compartilhada dos dois princípios*.

³⁴⁹ John Rawls, 1971, p. 4; *id.*, 1999a, p. 4.

³⁵⁰ John Rawls, 1971, p. 4; *id.*, 1999a, p. 4.

³⁵¹ John Rawls, 1971, p. 4; *id.*, 1999a, p. 4.

Inicialmente, vejamos a dupla função ou função específica dos dois princípios. Como efeito, os princípios de justiça desempenham um papel duplo. Eles são necessários (1) para que as pessoas possam escolher entre vários arranjos sociais que determinem essa divisão de vantagens e (2) para que as pessoas possam subscrever um arranjo sobre as divisões distributivas adequadas ou as fatias distributivas adequadas³⁵². Os princípios que desempenham esse papel duplo, de modo mais específico, são os princípios de justiça social. Nas palavras de Rawls, “eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e eles definem a distribuição apropriada dos benefícios e dos ônus da cooperação social”³⁵³. O fornecimento de um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e a definição apropriada dos bônus e ônus da cooperação social correspondem, portanto, à dupla função dos princípios da justiça social.

A dupla função dos dois princípios ou a função distintiva dos dois princípios também é desempenhada numa sociedade que não é bem ordenada³⁵⁴. Essa situação é a mais frequente. Rawls observa que as sociedades existentes raramente são bem ordenadas no sentido proposto por ele. Isso acontece porque as pessoas normalmente não aceitam uma concepção pública de justiça: elas discordam sobre o que é justo e sobre o que é injusto, isto é, sobre os princípios que deveriam definir os termos básicos de sua associação. Elas discordam sobre isso porque cada uma tem dentro de si uma concepção de justiça: não há uma mesma concepção de justiça aceita por todos. Essa observação é importante. Sua discordância sobre quais deveriam ser os princípios definidores dos termos básicos de sua associação mostra, não obstante, que elas entendem a necessidade de haver um conjunto de princípios para “atribuir direitos e deveres básicos e para determinar o que eles consideram ser a distribuição apropriada dos benefícios e dos ônus da cooperação social”³⁵⁵. Essa observação sobre o desacordo quanto ao que é

³⁵² John Rawls, 1971, p. 4; *id.*, 1999a, p. 4.

³⁵³ John Rawls, 1971, p. 4; *id.*, 1999a, p. 4. “These principles are the principles of social justice: they provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society and they define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation.”

³⁵⁴ John Rawls, 1971, p. 5; *id.*, 1999a, p. 5.

³⁵⁵ John Rawls, 1971, p. 5; *id.*, 1999a, p. 5. “That is, they understand the need for, and they are prepared to affirm, a characteristic set of principles for assigning basic rights and duties and for determining what they take to be the proper distribution of the benefits and burdens of social cooperation.”

justo e injusto e sobre o acordo quanto à necessidade de um conjunto de princípios leva Rawls a notar a diferença entre concepção de justiça e conceito de justiça³⁵⁶.

Tanto numa sociedade bem ordenada, mais rara, quanto numa sociedade que não é bem ordenada, mais frequente, os princípios da justiça, quaisquer que sejam eles, têm o papel ou a função de atribuir direitos e deveres básicos e de determinar uma distribuição apropriada dos bônus e dos ônus da cooperação social³⁵⁷. Em quaisquer dessas sociedades, há um conceito de justiça³⁵⁸. A diferença é a de que, numa sociedade bem ordenada, há um acordo quanto a esses princípios que se expressa por meio de uma carta fundamental, ao passo que numa sociedade que não é bem ordenada, o conteúdo desses princípios está em disputa ou permanece em desacordo, sendo esse, inclusive, o traço distintivo entre esses dois tipos de sociedade. É possível notar que, numa sociedade que não é bem ordenada, o conteúdo dos princípios de justiça está em disputa ou permanece em desacordo ainda que, formalmente, haja uma carta fundamental, i.e., uma constituição.

Além da dupla função de atribuir direitos e deveres básicos e de determinar uma distribuição apropriada dos bônus e dos ônus da cooperação social, os princípios de justiça social possuem outra função, que poderia ser designada de *função compartilhada* ou *função não-específica*. Rawls afirma que algum grau de acordo nas concepções de justiça não é o único pré-requisito para uma comunidade humana viável, uma vez que há outros pré-requisitos que também são problemas sociais fundamentais como os de *coordenação*, de *eficiência* e de *estabilidade*³⁵⁹. Com efeito, a função de tornar uma comunidade humana viável é uma função adicional dos princípios de justiça social, embora essa função desempenhada pelos dois princípios seja também uma função dos princípios de coordenação, de eficiência e de estabilidade. Em outras palavras, embora os princípios da justiça social orientem, em posição de prioridade, as instituições sociais, eles as orientam em conexão com os demais princípios ou pré-requisitos de viabilidade da existência social. De acordo com Rawls, o problema da coordenação mostra que os planos individuais precisam se encaixar, de forma que as atividades

³⁵⁶ John Rawls, 1971, p. 5-6; *id.*, 1999a, p. 5.

³⁵⁷ John Rawls, 1971, p. 4; *id.*, 1999a, p. 4.

³⁵⁸ John Rawls, 1971, p. 5-6; *id.*, 1999a, p. 5.

³⁵⁹ John Rawls, 1971, p. 6; *id.*, 1999a, p. 5-6.

individuais sejam compatíveis entre si e possam ser realizadas sem desapontar severamente as expectativas legítimas mutuamente existentes entre os indivíduos³⁶⁰. O problema da eficiência mostra que a execução dos planos individuais deveria conduzir à realização dos fins sociais em modos eficientes e consistentes com a justiça³⁶¹. A eficiência descrita por Rawls³⁶² para as instituições sociais é a eficiência no sentido de Vilfredo Pareto³⁶³. O problema da estabilidade, por sua vez, mostra que o esquema de cooperação social tem de ser estável, no sentido de que ele tem de ser mais ou menos obedecido com regularidade e de que suas regras básicas têm de ser praticadas com vontade, de tal forma que, em havendo infrações ao esquema de cooperação, forças de estabilização que evitem maiores violações e que tendam a restaurar o arranjo cooperativo devam existir³⁶⁴.

Rawls observa que esses três problemas estão conectados de modo evidente com o problema da justiça, pois, uma vez ausente certo grau de acordo sobre o que é justo e sobre o que é injusto, os indivíduos passam a enfrentar mais dificuldade para coordenar seus planos de vida de modo eficiente e de modo a garantir que seus arranjos cooperativos mutuamente benéficos sejam preservados. Surgem, assim, a desconfiança e o ressentimento, a suspeita e a hostilidade. Nas palavras de Rawls, “a desconfiança e o ressentimento corroem os laços de civilidade e a suspeita e a hostilidade tentam os homens a agir segundo maneiras que eles, de outro modo, evitariam”³⁶⁵.

Dizer que os princípios de justiça social, em seu duplo papel de especificar direitos e deveres básicos e especificar fatias distributivas adequadas, tendem a afetar os problemas de eficiência, de coordenação e de estabilidade equivale a dizer que *a função distintiva dos princípios de justiça social tende a afetar tanto a função compartilhada quanto a função distintiva dos pré-requisitos da viabilidade social*. Um conjunto de princípios de justiça social pode dificultar a coordenação, a eficiência e a estabilidade, bem como seu próprio propósito de tornar viável uma sociedade. Assim, um conjunto

³⁶⁰ John Rawls, 1971, p. 6; *id.*, 1999a, p. 5.

³⁶¹ John Rawls, 1971, p. 6; *id.*, 1999a, p. 5-6.

³⁶² John Rawls, 1971, p. 67; *id.*, 1999a, p. 58.

³⁶³ Vilfredo Pareto, 1909, p. 354.

³⁶⁴ John Rawls, 1971, p. 6, p. 496-504; *id.*, 1999a, p. 6, p. 434-441.

³⁶⁵ John Rawls, 1971, p. 6; *id.*, 1999a, p. 6. “Distrust and resentment corrode the ties of civility, and suspicion and hostility tempt men to act in ways they would otherwise avoid”.

de princípios de justiça social pode dar lugar à desconfiança e ao ressentimento, à suspeita e à hostilidade. O autor observa, então, que não se pode, em geral, avaliar uma concepção de justiça apenas com base em sua função distributiva, ainda que essa dimensão seja bastante útil na identificação do conceito de justiça. No conflito entre duas concepções de justiça, uma delas pode ser preferível à outra por sua relação mais apropriada com os demais problemas de viabilidade da existência social, isto é, por suas consequências mais amplas serem mais desejáveis, ainda que os princípios de justiça sejam prioritários na orientação das instituições sociais básicas³⁶⁶. Isso não significa a inversão da prioridade da justiça sobre a eficiência, a estabilidade e a coordenação. Isso significa que, entre dois esquemas com resultados distributivos iguais, a preferência é dada ao que fornece uma resposta mais apropriada aos demais problemas de viabilidade da existência social. Rawls sustenta que os princípios da justiça como equidade são os mais apropriados para a viabilidade social; eles são mais estáveis do que outros princípios³⁶⁷. Em suma, a dupla função específica e a função compartilhada estão conectadas entre si e com as funções dos demais pré-requisitos de viabilidade social.

Uma vez compreendidas as funções dos dois princípios da justiça, torna-se possível compreender que uma constituição “deve ser estruturada de modo que, de todos os arranjos justos factíveis, ela seja a mais provável do que qualquer outra de resultar num justo e efetivo sistema de legislação”³⁶⁸. A probabilidade de ela resultar num sistema justo de legislação está associada ao princípio de participação igual. *Já a probabilidade de ela resultar num sistema efetivo de legislação está associada à característica de o princípio de igual participação favorecer a coordenação, a eficiência e a estabilidade mais do que outros princípios*. Isso é assim porque o princípio de igual participação é corolário do princípio de liberdade igual. Como o princípio de igual participação é concretização do princípio de liberdade igual e o princípio de liberdade igual é, no conjunto dos dois princípios, interpretado como mais compatível com a coordenação, a eficiência e a estabilidade do que os demais princípios analisados na posição original, o princípio de participação igual mantém a compatibilidade sustentada para o primeiro princípio.

³⁶⁶ John Rawls, 1971, p. 6; *id.*, 1999a, p. 6.

³⁶⁷ John Rawls, 1971, p. 496-497.

³⁶⁸ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194. “First, the constitution is to be [...]; and second, it is to be framed so that of all the feasible just arrangements, it is the one more likely than any other to result in a just and effective system of legislation”.

A constituição estruturada nos termos do primeiro princípio por meio do princípio de participação igual é, na óptica da justiça como equidade original, a que tem mais probabilidade de resultar num sistema justo e efetivo de legislação e, nesse sentido, é a constituição que tem mais probabilidade de se tornar efetiva. Duas observações devem ser feitas. Primeiro, a justiça como equidade não sustenta uma constituição efetiva qualquer. Ela não sustenta uma constituição por essa constituição promover a cooperação, a eficiência e a estabilidade. A justiça como equidade original sustenta uma constituição cuja efetividade seja compatível com a justiça. Ela sustenta uma constituição tendente à efetividade porque seus termos mutuamente ajustados como princípio de participação igual (concretização da liberdade igual e sua prioridade) tendem a concretizar nos estágios normativos inferiores uma concepção de justiça que propicia a cooperação, a eficiência e a estabilidade. Segundo, a justiça como equidade não sustenta que os arranjos inerentes a uma democracia constitucional sejam os únicos arranjos justos possíveis sob a óptica da teoria³⁶⁹, uma vez que a teoria sustenta todo arranjo que expresse a liberdade igual e sua prioridade com o pressuposto do piso mínimo. O direito a um mínimo social é compreendido, portanto, como um pressuposto de um sistema jurídico visto, em teoria, como provavelmente mais efetivo, isto é, como pressuposto de um sistema jurídico pensado para favorecer a coordenação, a eficiência e a estabilidade.

2.4 A justiça como equidade e sua teoria da constituição

Antes de passarmos ao próximo capítulo, eu gostaria de fazer uma observação a respeito da relação entre a teoria da justiça como equidade e a teoria da constituição. Essa observação nos ajudará a compreender melhor a transição rawlsiana em direção ao liberalismo político. Sob uma óptica mais ampla, os objetivos da teoria da justiça como equidade poderiam ser classificados em duas categorias. Por um lado, há o que poderíamos chamar de *objetivo de oposição*. Trata-se do objetivo de opor-se a duas orientações filosóficas em termos políticos: ao utilitarismo, corrente predominante na filosofia moral anglo-americana, e ao intuicionismo pluralista, corrente contrária ao

³⁶⁹ John Rawls, 1971, p. 195; *id.*, 1999a, p. 171.

utilitarismo³⁷⁰. Rawls não se opõe ao utilitarismo como uma orientação moral que um indivíduo possa adotar para si mesmo, mas ao utilitarismo como uma concepção de justiça aplicada às instituições sociais³⁷¹. O utilitarismo afirma que o ato individual moralmente correto é o ato que produz a maior quantidade de satisfação³⁷². Em termos de justiça social, o utilitarismo sustenta a extensão do princípio individual e afirma que sociedade justa é a sociedade cujas instituições sociais são arranjadas de modo a produzir o maior saldo líquido de satisfação social. A oposição de Rawls decorre precisamente desse raciocínio de extensão, uma vez que a sociedade não pode ser interpretada como um indivíduo³⁷³. Atitudes individuais como equilibrar perdas e ganhos, minimizar perdas e maximizar ganhos e impor sacrifícios em troca de benefícios, quando estendidos ao âmbito social, acabam sacrificando parcelas sociais. Essa extensão acaba representando uma violação à liberdade individual³⁷⁴, pois isso significa que a violação dos direitos e liberdades de uma minoria poderia ser sacrificada para o bem-estar da maioria e uma geração inteira poderia ser sacrificada para o bem-estar de outra. Já o intuicionismo pluralista afirma duas coisas: a existência de primeiros princípios que podem colidir entre si, resultando em diferentes diretrizes para o mesmo caso problemático a ser solucionado; e a inexistência de regras de prioridade para sopesá-los uns em relação aos outros³⁷⁵. Embora o intuicionismo pluralista se oponha ao utilitarismo por afirmar a inexistência de um critério superior que atribua ênfase ou peso a princípios irredutíveis colidentes perante uma corrente que sustenta haver um critério como esse: o critério da maximização da utilidade, Rawls o critica precisamente pela falta de critérios que orientem a ênfase entre princípios irredutíveis.

Além do objetivo de oposição, há o que poderíamos chamar de *objetivo de proposta*. Esse objetivo consiste em apresentar uma teoria contratualista contraposta ao utilitarismo social e ao intuicionismo pluralista. Os principais pontos do contratualismo rawlsiano são respostas a essas concepções. Primeiro, por meio dos expedientes da posição original e do equilíbrio reflexivo, a justiça como equidade afirma não haver

³⁷⁰ John Rawls, 1971, p. vii-viii; *id.*, 1999a, p. xvii-xviii.

³⁷¹ John Rawls, 1999b. Rawls toma como base para sua crítica a versão do utilitarismo clássico descrito por Henry Sidgwick, versão considerada por ele a mais clara e acessível. Cf. John Rawls, 1971, p. 22; *id.*, 1999a, p. 20; Henry Sidgwick, 2012.

³⁷² Will Kymlicka, 2002, p. 10.

³⁷³ John Rawls, 1971, p. 22, p. 28; *id.*, 1999a, p. 25; Will Kymlicka, 2002, p. 52.

³⁷⁴ John Rawls, 1971, p. 31; *id.*, 1999a, p. 27; Will Kymlicka, 2002, p. 42.

³⁷⁵ John Rawls, 1971, p. 34; *id.*, 1999a, p. 30.

razão para que as pessoas, em condições equitativas, concordem em se sacrificar social e economicamente apenas para aumentar a quantidade da satisfação de outras pessoas. Seria irracional que elas aceitassem a possibilidade aberta pela socialização do raciocínio utilitarista individual. Segundo, por meio dos dois princípios da justiça, a teoria de Rawls apresenta às instituições sociais uma concepção alternativa à da maximização do saldo líquido de satisfação social. O princípio da liberdade e sua prioridade estabelecem a completa proibição do sacrifício de direitos e liberdades fundamentais a qualquer título. O valor do princípio da liberdade garantido pelo direito a um mínimo social faz a conexão entre o primeiro princípio e o segundo princípio, embora o direito a um mínimo social seja pressuposto dos dois princípios. O princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença, por sua vez, estabelecem que as desigualdades sociais e econômicas possam ser admitidas apenas na hipótese de elas melhorarem a situação social e econômica de quem se encontrar na posição menos favorecida. Os dois princípios vedam a possibilidade de as instituições sociais estabelecerem o sacrifício de uns para o bem de outros. Terceiro, por meio da ordenação serial ou lexicográfica dos dois princípios, a justiça como equidade mostra ao intuicionismo pluralista ser possível estabelecer uma ordem de prioridade³⁷⁶. Ela justifica a ênfase dada primeiro à liberdade igual, segundo à igualdade democrática e terceiro à eficiência. Em suma, a teoria da justiça como equidade consiste numa proposta contratualista (os princípios pactuados na posição original) alternativa às propostas utilitarista e intuicionista de solução do problema da justiça aplicado às principais instituições sociais³⁷⁷.

Faço essas considerações sobre os objetivos da teoria da justiça como equidade para mostrar que foi em meio a esses objetivos que a teoria acabou elaborando uma teoria da constituição. Sugiro haver pelo menos duas razões para tanto. Primeiro, uma teoria da constituição foi elaborada pela justiça como equidade em razão da necessidade de mostrar, em termos de retirada parcial do véu da ignorância, o processo de concretização da concepção de justiça em sua primeira etapa. As discussões da primeira etapa de concretização mostradas pela teoria da constituição são próprias da convenção

³⁷⁶ John Rawls, 1971, p. 39; *id.*, 1999a, p. 34-35; Will Kymlicka, 2002, p. 54-55.

³⁷⁷ Gostaria de observar que o contratualismo não é em si mesmo uma contraposição ao utilitarismo e ao intuicionismo. John Charles Harsanyi elabora um exemplo de contratualismo utilitarista. John Charles Harsanyi, 1953, p. 434-435; *id.*, 1955, p. 309-321.

constitucional quando vistas sob a óptica da posição original, mas são próprias do processo interpretativo de uma corte constitucional quando vistas sob a óptica do equilíbrio refletido ou reflexivo. Segundo, houve uma elaboração de uma teoria da constituição em razão da necessidade de descrição do resultado desse processo de concretização: da descrição da própria constituição. A teoria da constituição elaborada pela justiça com equidade se refere a uma constituição justa, isto é, a uma constituição que concretiza uma concepção de justiça. Essa descrição compreende os objetos típicos da constituição em conexão com os objetos típicos da concepção de justiça: a liberdade igual de participação e seu valor (as normas constitucionais) em conexão com a liberdade igual prioritária e seu valor (sua base de interpretação). Desse modo, é possível compreender que, embora a teoria da justiça como equidade não tenha o objetivo de ser especificamente uma teoria da constituição, ela acabou apresentando uma teoria da constituição. Essa teoria é voltada para a descrição de uma constituição justa, no sentido de que ela procura superar por meio de suas normas (a liberdade igual de participação e seu valor) refletoras de sua base de interpretação (a liberdade igual prioritária e seu valor) as dificuldades levantadas pelo utilitarismo social e pelo intuicionismo pluralista. Feitas essas considerações, passemos ao próximo capítulo.

CAPÍTULO III

3 A constituição no liberalismo político

No capítulo anterior, fiz uma apresentação da justiça como equidade com o objetivo de discutir a constituição descrita por essa teoria e, por conseguinte, responder ao problema da tese sobre o mínimo social. Procurei inicialmente apresentar a teoria de Rawls com a finalidade de isolar ou especificar a concepção de constituição contida nela. Afirmei que, para a justiça como equidade, a constituição é um procedimento imperfeitamente justo, provavelmente efetivo e normativamente superior, cujas normas, direta ou indiretamente procedimentais, visam à garantia da liberdade igual dos cidadãos. Isso significou colocar em evidência três aspectos que considero essenciais na concepção de constituição da justiça como equidade de Rawls: o elemento do procedimento, o elemento superior da liberdade e o elemento da efetividade. Nesse sentido, a constituição é uma instituição da estrutura básica e, por isso, sua justiça é discutida ou interpretada tanto na posição original quanto nos demais estágios de concretização, dada a correspondência entre o expediente da posição original e o expediente do equilíbrio refletido ou reflexivo. Embora seja válida em si mesma, a tentativa de isolar ou especificar a concepção de constituição tem, neste trabalho, o propósito de permitir compreender por que, *na justiça como equidade*, o direito a um mínimo social é um direito fundamental, ao passo que as normas relativas às desigualdades sociais e econômicas não são normas constitucionais. Essa compreensão prévia é imprescindível à solução do problema da tese. Além disso, ela nos ajuda a compreender por que, *no liberalismo político*, o direito a um mínimo social é um direito fundamental, ao passo que as normas relativas às desigualdades sociais e econômicas não são elementos constitucionais essenciais.

Neste capítulo, procedo de modo semelhante. Faço uma apresentação do liberalismo político descrito por Rawls com o objetivo de discutir a constituição que dele resulta e, mais uma vez, prosseguir respondendo ao problema da tese. Desse modo, inicio o capítulo procurando descrever, introdutoriamente, como o liberalismo político passa a ser uma questão abordada por Rawls. Em outras palavras, procuro descrever, de modo sucinto, a transição da justiça como equidade para o liberalismo político na obra de Rawls por meio do problema da estabilidade. Em seguida, procuro apresentar a descrição do liberalismo político nos termos de Rawls. Essa apresentação dá ênfase a

duas ideias: à ideia de consenso sobreposto [*overlapping consensus*] e à ideia de razão pública [*public reason*]. Elas estão entre as mais importantes não só para a própria caracterização do liberalismo político, mas também para a caracterização de sua constituição. Elas requerem outras ideias, como a de fato do pluralismo razoável, concepção política de justiça, visão autossustentada, construtivismo político e razoabilidade. Feita a apresentação do liberalismo político em seus pontos principais, será possível prosseguir para a apresentação da constituição do liberalismo político, isto é, prosseguir para a apresentação dos essenciais constitucionais, elementos essenciais da constituição ou elementos constitucionais essenciais [*constitutional essentials*] do liberalismo político descrito por Rawls. Dito de outro modo, teremos condições de discutir quais são as normas que, para o liberalismo político de Rawls, são normas constitucionais. Esse percurso nos dará condições de compreender se, *no liberalismo político*, o direito a um mínimo social e as normas relativas às desigualdades sociais e econômicas são propriamente normas constitucionais ou, na terminologia do autor, essenciais constitucionais. Começemos, portanto, com o surgimento do liberalismo político como problema de estudo no pensamento de Rawls.

3.1 O problema estabilidade: um ponto de partida para o liberalismo político

A teoria da justiça como equidade teria permanecido inalterada, se não fossem as críticas dirigidas a ela e reconhecidas pelo autor. Com efeito, a teoria da justiça como equidade suscitou diversas discussões. Tomando como critério as discussões sobre as quais Rawls se pronunciou por meio de artigos, é possível afirmar que elas dizem respeito ao próprio utilitarismo, quando Rawls responde à objeção de que a justiça como equidade seria um utilitarismo de interesse racional³⁷⁸; ao critério maximin, quando Rawls se pronuncia sobre a relação entre o critério maximin e a tributação³⁷⁹; a questões metodológicas, quando ele apresenta seu ponto de vista sobre o papel a ser desempenhado por uma teoria moral³⁸⁰ e quando ele apresenta seu ponto de vista sobre as dificuldades relacionadas à descrição da posição original³⁸¹ e da estrutura básica³⁸². É

³⁷⁸ John Rawls, 1974b, p. 633-655; *id.*, 1999c, p. 232-253.

³⁷⁹ John Rawls, 1974a, p. 141-146; *id.*, 1999c, p. 225-231.

³⁸⁰ John Rawls, 1975b, p. 5-22; *id.*, 1999c, p. 286-302.

³⁸¹ John Rawls, 1975a, p. 536-554; *id.*, 1999c, p. 276-285.

claro que esse critério não apreende a diversidade das discussões suscitadas pela teoria. Os pressupostos da teoria, o expediente da posição original, os princípios considerados em si mesmos, a concepção de bens primários, os efeitos práticos da teoria e alternativas à própria teoria foram alguns dos objetos de discussão. Algumas discussões críticas suscitaram mudanças pontuais na justiça como equidade, como a mudança na descrição dos bens primários³⁸³. Uma delas, no entanto, suscitou uma mudança mais ampla no pensamento do Rawls: trata-se da discussão do problema da estabilidade. Essa discussão levaria o autor a publicar seu *Political Liberalism*³⁸⁴.

Fiz algumas observações preliminares sobre a estabilidade no capítulo primeiro. Naquela ocasião, afirmei que um dos três componentes da concepção de constituição sustentada na justiça como equidade é a *efetividade*: de todas as estruturas constitucionais justas factíveis, deve ser escolhida a estrutura constitucional justa que tenha a probabilidade mais elevada de resultar num sistema justo e efetivo de legislação. Naquela ocasião, a questão era saber como uma constituição teria mais chance do que outra de resultar num sistema jurídico justo e efetivo³⁸⁵. A resposta a essa questão pressupunha a distinção rawlsiana entre as duas funções desempenhadas pelos princípios da justiça: a função específica e a função compartilhada³⁸⁶. Ainda no capítulo primeiro, observei que os princípios prioritários da justiça orientavam as instituições sociais *em conexão* com os demais princípios ou pré-requisitos de viabilidade da existência social. Rawls tem como evidente a conexão entre esses fatores fundamentais e a justiça social: ausente um grau de acordo sobre o que se considere justo, os indivíduos passam a enfrentar mais dificuldade para coordenar seus planos de vida de modo eficiente e estável, suscitando desconfiança e ressentimento, suspeita e hostilidade. Observei, então, que a função específica e a função compartilhada dos

³⁸² John Rawls, 1977, p. 159-165.

³⁸³ Amartya Kumar Sen, 1979; *id.*, 1985; *id.*, 1989; *id.*, 1999; Martha Craven Nussbaum, 1987; *id.*, 2001.

³⁸⁴ John Rawls, 1999c, p. 417 e p. 486-488; John Rawls, 2005, p. xv-xvi e p. xxxii-xxxiii; Paul Scheffler, 1979, p. 397-403; Paul Weithman, 2011, p. 31-32 e p. 36;

³⁸⁵ John Rawls, 1971, p. 221; *id.*, 1999a, p. 194. “First, the constitution is to be [...]; and second, it is to be framed so that of all the feasible just arrangements, it is the one more likely than any other to result in a just and effective system of legislation”.

³⁸⁶ As duas funções são a que eu denominei “função específica dos dois princípios” (especificar direitos e deveres básicos e especificar fatias distributivas adequadas) e a que eu denominei “função compartilhada dos dois princípios” (tornar uma comunidade humana viável). Essa última função é função compartilhada porque ela não é exclusiva dos princípios de justiça. Os princípios de coordenação, de eficiência e de estabilidade também são problemas sociais fundamentais que devem tornar uma comunidade humana viável. Cf. John Rawls, 1971, p. 6; *id.*, 1999a, p. 5-6.

princípios de justiça estão *conectadas* entre si e que a função compartilhada *conecta* a função específica dos princípios da justiça com a função específica dos princípios de coordenação, de eficiência e de estabilidade. Desse modo, sustentei no capítulo anterior que a conexão entre a função específica e a função compartilhada dos princípios da justiça oferece uma resposta ao problema da efetividade de uma constituição (de saber como uma constituição teria mais chance do que outra de resultar num sistema jurídico justo e efetivo): na medida em que o princípio de igual participação concretiza o primeiro princípio de justiça, ele concretiza a parte prioritária de uma concepção conectada favoravelmente com os princípios de coordenação, de eficiência e de estabilidade. Em outras palavras, a concretização da liberdade igual (igual participação) favorece a concretização da coordenação, da eficiência e da estabilidade.

Embora essas considerações preliminares mostrem que a concretização da liberdade igual (a constituição posta como princípio de igual participação) favorece a estabilidade, elas não nos permitem afirmar que uma constituição por si mesma possa propiciar a estabilidade das demais instituições sociais nem ser ela mesma estável. Para a teoria da justiça como equidade, é apenas a constituição compreendida como concretização do princípio prioritário da liberdade igual e de seu valor (princípio de igual participação e valor da igual participação) que propicia essa estabilidade. O primeiro princípio acordado na posição original ou resultante do equilíbrio refletido é que confere estabilidade às demais instituições sociais à própria constituição. Isso significa que uma constituição tanto não tem o poder de garantir *per se* a estabilidade das outras instituições sociais como também não tem o poder de garantir sua própria estabilidade. Para a justiça como equidade, a estabilidade da constituição e das demais instituições sociais é *um resultado da estabilidade da concepção de justiça* acordada na posição original ou alcançada pelo equilíbrio refletido de uma sociedade bem ordenada. Se a concepção de justiça for suficientemente estável, então a constituição e as demais instituições sociais tenderão à estabilidade. Diante disso, a questão que emerge é a de saber em que termos a concepção de justiça que sustenta a constituição e as demais instituições sociais é estável. Com efeito, mesmo um sistema justo de cooperação pode vir a carecer de estabilidade³⁸⁷.

³⁸⁷ John Rawls, 1971, p. 496; *id.*, 1999a, p. 424-435.

Para saber em que termos a concepção de justiça proposta pela teoria justiça com equidade é estável, é preciso primeiro compreender a estabilidade nos termos pela teoria. Rawls faz distinção entre equilíbrio [*equilibrium*] e estabilidade [*stability*]. Os dois conceitos possuem um traço em comum: eles se aplicam a sistemas de qualquer tipo. No entanto, equilíbrio é um estado alcançado pelo sistema que consiste em o sistema persistir ao longo do tempo, desde que forças externas não sejam impingidas contra ele. Alguns sistemas não possuem estados de equilíbrio, ao passo que outros possuem vários. Já a estabilidade é um atributo do equilíbrio. Nas palavras de Rawls, “um equilíbrio é estável sempre que rupturas em relação a ele, causadas, digamos, por distúrbios externos, fazem atuar forças dentro do sistema que tendem a trazê-lo de volta a esse estado de equilíbrio, a não ser, é claro, que os choques externos sejam muito grandes”³⁸⁸. Por sua vez, “um equilíbrio é instável quando um movimento estanho a ele faz emergir forças dentro do sistema que levam a mudanças ainda maiores”³⁸⁹. Assim, a estabilidade é a capacidade de um sistema equilibrado voltar a seu estado de equilíbrio por suas próprias forças, sempre que distúrbios externos não muito grandes o perturbarem.

Rawls interpreta como sistemas as diferentes estruturas básicas de sociedades bem-ordenadas com suas concepções correspondentes de justiça. É preciso tentar avaliar a estabilidade relativa desses sistemas, isto é, avaliar em que medida a justiça da estrutura básica e da conduta moral dos indivíduos de uma sociedade é mais estável do que a justiça da estrutura básica e da conduta moral dos indivíduos de outra sociedade³⁹⁰. Vale observar com o autor que a estabilidade de uma concepção de justiça não implica que as instituições sociais e as práticas individuais de uma sociedade bem-ordenada não se alterem mais adiante: a estabilidade de uma concepção de justiça significa que, não obstante os diversos arranjos sociais correspondentes às diversas circunstâncias sociais encontradas de tempo em tempo, as instituições permanecem sendo justas ou aproximadamente justas³⁹¹. Para Rawls, as forças do próprio sistema ou corrigem os

³⁸⁸ John Rawls, 1971, p. 457; *id.*, 1999a, p. 400. “Now an equilibrium is stable whenever departures from it, caused say by external disturbances, call into play forces within the system that tend to bring it back to this equilibrium state, unless of course the outside shocks are too great”.

³⁸⁹ John Rawls, 1971, p. 457; *id.*, 1999a, p. 400. “By contrast an equilibrium is unstable when a movement away from it arouses forces within the system that lead to even greater changes”.

³⁹⁰ John Rawls, 1971, p. 457; *id.*, 1999a, p. 401.

³⁹¹ John Rawls, 1971, p. 457-458; *id.*, 1999a, p. 401.

inevitáveis desvios da justiça ou os mantêm em níveis toleráveis. Entre essas forças, diz Rawls, “o senso da justiça compartilhado pelos membros da comunidade tem um papel fundamental”³⁹². Em algum grau, continua o autor, “os sentimentos morais são necessários para garantir que a estrutura básica seja estável em relação à justiça”³⁹³. Temos, então, a resposta à questão de saber em que termos a concepção de justiça proposta pela teoria justiça com equidade é estável. Rawls assume que ela é estável na medida em que o senso da justiça (em meio aos demais sentimentos morais compartilhados) também seja estável.

Diante da assunção de que o senso de justiça e os demais sentimentos morais são necessários para garantir a estabilidade da justiça da estrutura básica, Rawls se volta para a questão de como esses sentimentos são formados numa sociedade bem-ordenada que adote os dois princípios da justiça. Rawls afirma existirem, basicamente, duas grandes tradições sobre o aprendizado moral. Uma deriva historicamente do empirismo, sendo encontrada entre utilitários como David Hume e Henry Sidgwick, bem como na teoria de Sigmund Freud³⁹⁴. A outra deriva historicamente do racionalismo, sendo encontrada em Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e John Stuart Mill, bem como na teoria de Jean Piaget³⁹⁵. Rawls não tenta avaliar os méritos relativos dessas duas tradições da aprendizagem moral, uma vez que ambas possuem pontos bastante consistentes³⁹⁶. Ele prefere combinar o que há nelas de consistente de uma forma mais natural³⁹⁷. Desse modo, Rawls procura descrever o curso do desenvolvimento moral da forma como ele deve ocorrer numa sociedade bem-ordenada que concretize os princípios da justiça como equidade, isto é, ele procura esquematizar as principais etapas pelas quais uma pessoa passaria a entender os princípios da justiça e a estabelecer um vínculo com eles à medida que ela crescesse nessa forma específica de sociedade bem-ordenada³⁹⁸. Rawls sustenta com base na psicologia moral que a formação desses sentimentos se processa em três estágios, do mais simples ao mais complexo, na

³⁹² John Rawls, 1971, p. 458; *id.*, 1999a, p. 401. “Among these forces I assume that the sense of justice shared by members of the community has a fundamental role”.

³⁹³ John Rawls, 1971, p. 458; *id.*, 1999a, p. 401. “To some degree, then, moral sentiments are necessary to insure that the basic structure is stable with respect to justice”.

³⁹⁴ John Rawls, 1971, p. 458-459; *id.*, 1999a, p. 401-402.

³⁹⁵ John Rawls, 1971, p. 459-461; *id.*, 1999a, p. 402-404.

³⁹⁶ John Rawls, 1971, p. 461; *id.*, 1999a, p. 403-404.

³⁹⁷ John Rawls, 1971, p. 461; *id.*, 1999a, p. 404.

³⁹⁸ John Rawls, 1971, p. 461; *id.*, 1999a, p. 404.

seguinte ordem: o estágio da moralidade de autoridade, o estágio da moralidade de associação e o estágio da moralidade de princípios³⁹⁹.

O estágio da moralidade da autoridade se processa de acordo com o princípio psicológico de que os pais amam seus filhos e, no mesmo instante, os filhos passam a amar e a confiar em seus pais. Num contexto inicial em que a criança não possui padrões próprios de crítica, ela vivencia as normas parentais em meio aos sentimentos de amor e confiança. Assim, a moralidade da autoridade é considerada primitiva, uma vez que ela consiste apenas num conjunto de preceitos que foram internalizados, de forma que essa moralidade não inclui uma compreensão do quadro mais amplo do certo e do justo dentro do qual as normas são justificadas. Nas palavras de Rawls, a moralidade da autoridade, presente provisoriamente na criança, “consiste em ela estar disposta, sem a perspectiva de recompensa ou de punição, a seguir certos preceitos que não apenas podem lhe parecer largamente arbitrários, mas que [também] de forma alguma atraem suas inclinações originais”⁴⁰⁰. Ainda em suas palavras, o primeiro princípio ou primeira lei da psicologia moral é enunciado nos seguintes termos: “primeira lei: dado que as instituições familiares são justas e que os pais amam a criança e manifestamente expressam seu amor ao se importar pelo bem dela, então a criança, reconhecendo seu evidente amor por ela, passa a amá-los”⁴⁰¹.

O estágio da moralidade da associação se processa de acordo com o princípio psicológico de que as virtudes são formadas à medida que a criança se percebe no desempenho de um papel individual nas diversas associações de que ela começa a fazer parte: na associação da família, na associação da escola, na associação da vizinhança e nas formas cooperativas de curta duração, como nos jogos e brincadeiras com as outras crianças. Inicialmente, as virtudes de um bom filho ou de uma boa filha são transmitidas em meio a expressões de aprovação e desaprovação. Esse processo também acontece

³⁹⁹ O processo de desenvolvimento moral em três etapas sugerido por Rawls é um reflexo de várias fontes, especialmente das seguintes: William McDougall, 2001; Jean Piaget, 2000; Lawrence Kohlberg, 1963. Para uma referência mais elaborada sobre etapas do desenvolvimento moral de Kohlberg, cf. Lawrence Kohlberg, 1981.

⁴⁰⁰ John Rawls, 1971, p. 466; *id.*, 1999a, p. 408. “The child’s having a morality of authority consists in his being disposed without the prospect of reward or punishment to follow certain precepts that not only may appear to him largely arbitrary but which in no way appeal to his original inclinations”.

⁴⁰¹ John Rawls, 1971, p. 490; *id.*, 1999a, p. 429. “First law: given that the family institutions are just, and that the parents love the child and manifestly express their love by caring for his good, then the child, recognizing their evident love of him, comes to love them”.

em outras associações, nas quais a criança aprende as virtudes de um bom estudante, de um bom colega de sala, de um bom jogador. Essa visão moral se estende aos vários papéis desempenhados por uma pessoa na vida adulta: em suas ocupações, em suas variadas posições familiares e mesmo em suas várias posições como membro da sociedade. Em outras palavras, o ingresso de uma pessoa numa associação tende a torná-la vinculada aos padrões morais da associação, desde que, nessa associação, se desenvolvam sentimentos amistosos recíprocos com seus membros e desde que seus membros vivam de evidente acordo com um esquema justo de deveres e obrigações. Da participação em várias associações nesses termos, segue-se que a pessoa tende a se vincular a padrões morais de diversas associações. A moralidade da associação assume então diversas formas, dependendo da associação e do papel em questão assumido pelo indivíduo. No caso desse estágio de desenvolvimento, assim como certas atitudes naturais se desenvolvem em relação aos pais, atitudes de amizade e confiança se desenvolvem entre os associados, com o acréscimo de que a maior complexidade dos papéis conduzirá ao próximo estágio. De forma breve, assim como a capacidade para sentimentos de amizade e confiança mútua segue o primeiro princípio psicológico, essa capacidade passa continua a ser gerada pela participação na associação de forma mais complexa. Nas palavras de Rawls, o segundo princípio ou segunda lei de psicologia moral é enunciado nos seguintes termos: “segunda lei: dado que a capacidade de uma pessoa de ter sentimento de companheirismo foi realizada pela aquisição de vínculos de acordo com a primeira lei e dado que um arranjo social é justo e publicamente sabido por todos ser justo, então essa pessoa desenvolve laços de sentimento de amizade e de confiança em direção a outros na associação à medida que eles com intenção evidente cumprem com seus deveres e obrigações e vivem de acordo com os ideais de sua posição”⁴⁰².

O estágio da moralidade de princípios se processa de acordo com um princípio psicológico semelhante ao do estágio da moralidade de associação. Na moralidade de associação, a convivência associativa com os outros tende a gerar no indivíduo o desejo de viver de acordo com o *ethos* daquela associação em razão de sua preocupação em

⁴⁰² John Rawls, 1971, p. 490; *id.*, 1999a, p. 429. “Second law: given that a person’s capacity for fellow feeling has been realized by acquiring attachments in accordance with the first law, and given that a social arrangement is just and publicly known by all to be just, then this person develops ties of friendly feeling and trust toward others in the association as they with evident intention comply with their duties and obligations, and live up to the ideals of their station”.

conseguir a aceitação de sua conduta e de seus fins no próprio âmbito associativo. Isso significa que o indivíduo deseja ser aceito, por exemplo, como um bom jogador, como um bom colega, como um bom amigo. Na moralidade de princípios, os laços de amizade e de companheirismo [*friendship and fellow feeling*] formados no âmbito associativo tendem a gerar no indivíduo o desejo de viver de acordo com um *ethos* mais amplo, de forma que sua preocupação passa a ser a de conseguir a aprovação de sua conduta e de seus fins não apenas no âmbito das associações de que faz parte, mas no âmbito da sociedade bem-ordenada. Isso significa que o indivíduo deseja ser aceito como uma pessoa justa, isto é, como uma pessoa dotada do senso de justiça⁴⁰³. Com efeito, é no estágio derradeiro da moralidade de princípios que o indivíduo passa a se guiar pelo senso da justiça. O senso de justiça se expressa de duas formas⁴⁰⁴. Primeiro, ele se expressa como aceitação das instituições justas que se aplicam a nós e a nossos associados e das quais todos nós nos beneficiamos. Segundo, o senso de justiça se expressa como vontade ou de trabalhar a favor ou de não se opor ao estabelecimento das instituições justas, bem como ao processo de reforma das instituições existentes. O senso de justiça não se confunde com os sentimentos da moralidade de autoridade nem com os da moralidade de associação. Na moralidade de autoridade, a falta de entendimento da relevância das intenções e dos motivos e a falta de entendimento do sentido um ideal moral tornam inexistentes os sentimentos morais relativos a princípios de justiça. Na moralidade de associação, os sentimentos morais dependem basicamente dos laços de amizade e de confiança formados com indivíduos e com comunidades específicas muito em razão da busca de aprovação daqueles com quem se estabelecem vínculos. Na moralidade de princípios, por sua vez, os sentimentos morais deixam de se conectar apenas com o bem-estar e a aprovação dos associados: os sentimentos morais se tornam moldados por uma concepção do que é certo, que é escolhida independentemente das contingências próprias da moralidade de associação. Nesse estágio, em tendo sido geradas as atitudes de amor e confiança e os sentimentos amistosos e de confiança mútua de acordo com as duas leis psicológicas precedentes, “então o reconhecimento de que nós e aqueles a quem queremos bem somos os

⁴⁰³ John Rawls, 1971, p. 473-474; *id.*, 1999a, p. 414-415. “This law states that once the attitudes of love and trust, and of friendly feeling and mutual confidence, have been generated in accordance with the two preceding psychological laws, then the recognition that we and those for whom we care are the beneficiaries of an established and enduring just institution tends to engender in us the corresponding sense of justice”.

⁴⁰⁴ John Rawls, 1971, p. 474; *id.*, 1999a, p. 415.

beneficiários de uma instituição justa estabelecida e duradoura tende a engendrar em nós o correspondente senso de justiça”⁴⁰⁵. Nas palavras de Rawls, o terceiro princípio ou terceira lei de psicologia moral é enunciado nos seguintes termos: “terceira lei: dado que a capacidade de uma pessoa de ter sentimento de companheirismo foi realizada pela formação de seus vínculos de acordo com as duas primeiras leis e dado que as instituições de uma sociedade são justas e publicamente sabidas por todos serem justas, então essa pessoa adquire o correspondente senso de justiça à medida que ela e aquelas pelas quais ela preza são os beneficiários desses arranjos”⁴⁰⁶.

Uma vez vistos os três estágios de formação dos princípios ou leis morais, podemos compreender como esses sentimentos são formados no indivíduo em processo de interação social, mas resta fazer duas observações: uma a respeito do modo de formação desses princípios e outra a respeito do senso da justiça como característica natural do ser humano. Primeiro, gostaria de observar que as sociedades bem-ordenadas são vistas como estimulando a formação dos princípios morais. Para a teoria original da justiça como equidade, uma sociedade bem-ordenada é por definição uma sociedade estável. Isso acontece porque uma sociedade bem-ordenada se caracteriza por ser regulada por um senso público de justiça: se as principais instituições sociais forem justas e todas as demais condições forem mantidas iguais, as forças que atuam em favor da estabilidade aumentam até certo limite à medida que o tempo passa⁴⁰⁷. Rawls sustenta que essa estabilidade inerente à sociedade regulada por um senso público de justiça é uma consequência da relação entre as três leis psicológicas, pois “a operação mais efetiva de uma lei fortalece aquelas das outras duas”⁴⁰⁸. Rawls ilustra essa afirmação afirmando que, em sentido ascendente, à medida que os laços se tornam mais fortes na segunda etapa, o senso da justiça é reforçado nos termos da terceira lei moral, em razão de uma

⁴⁰⁵ John Rawls, 1971, p. 473-474; *id.*, 1999a, p. 414-415. “This law states that once the attitudes of love and trust, and of friendly feeling and mutual confidence, have been generated in accordance with the two preceding psychological laws, then the recognition that we and those for whom we care are the beneficiaries of an established and enduring just institution tends to engender in us the corresponding sense of justice”.

⁴⁰⁶ John Rawls, 1971, p. 491; *id.*, 1999a, p. 429-430. “Third law: given that a person’s capacity for fellow feeling has been realized by his forming attachments in accordance with the first two laws, and given that a society’s institutions are just and are publicly known by all to be just, then this person acquires the corresponding sense of justice as he recognizes that he and those for whom he cares are the beneficiaries of these arrangements”.

⁴⁰⁷ John Rawls, 1971, p. 498 *id.*, 1999a, p. 436.

⁴⁰⁸ John Rawls, 1971, p. 498 *id.*, 1999a, p. 436. “The more effective operation of one law strengthens that of the other two”.

maior preocupação com os beneficiários das instituições justas advinda dos laços gerados na segunda etapa do desenvolvimento moral. Em sentido descendente, à medida que o senso de justiça se torna mais forte nos termos da terceira lei moral, o sentimento de amizade e confiança se torna mais intenso nos termos da segunda lei moral, em razão de uma maior preocupação com a preservação das instituições justas gerada na terceira etapa do desenvolvimento moral. Isso significa que o desejo de fazer o que é justo decorre das próprias práticas institucionais justas que, ao longo do tempo, se consolidam nas sociedades bem-ordenadas.

Segundo, gostaria de observar que o senso da justiça é assumido por Rawls como uma característica do ser humano em qualquer circunstância de ponderação sobre princípios. Isso acontece porque esse senso é visto como uma atitude natural que decorre da evolução humana como espécie. Na posição original, a escolha dos princípios de justiça pressupõe que as partes tenham esse senso, pois é ele que as habilita a reconhecer os princípios adequados de justiça. O autor afirma a esse respeito que “nossos sentimentos morais mostram uma independência das circunstâncias acidentais de nosso mundo, o sentido dessa independência sendo dado por meio da descrição da posição original [...]”⁴⁰⁹. Esse sentimento que habilita as partes a refletir de modo independente sobre a justiça é um requisito das partes na posição original. Já em outras posições da sequência de quatro estágios, como membro da sociedade bem-ordenada, a ratificação dos princípios da justiça por meio do equilíbrio reflexivo também requer o senso da justiça. Como o senso da justiça é uma característica humana, Rawls procura mostrar a conexão entre os sentimentos morais e as atitudes naturais ao reconhecer que os sentimentos morais são um traço normal da vida humana⁴¹⁰ ou uma parte normal da vida humana⁴¹¹. Ele não só descreve essa conexão⁴¹², como também descreve a aquisição dessa característica por meio de uma interpretação da teoria da evolução realizada por autores como Konrad Lorenz⁴¹³. De acordo com essa interpretação, os sentimentos morais são resultantes da seleção natural. A capacidade de expressar sentimentos morais como o

⁴⁰⁹ John Rawls, 1971, p. 475; *id.*, 1999a, p. 416. “Our moral sentiments display an independence from the accidental circumstances of our world, the meaning of this independence being given by the description of the original position and its Kantian interpretation”.

⁴¹⁰ John Rawls, 1971, p. 486-487; *id.*, 1999a, p. 426.

⁴¹¹ John Rawls, 1971, p. 489; *id.*, 1999a, p. 428.

⁴¹² John Rawls, 1971, p. 486-487; *id.*, 1999a, p. 426-427.

⁴¹³ John Rawls, 1971, p. 503 *id.*, 1999a, p. 440.

senso da justiça são resultados de uma adaptação natural da humanidade a seu lugar na natureza, assim como acontece, por exemplo, com a forma dos ossos. Essa capacidade resulta naturalmente da evolução porque “para membros de uma espécie que vive em grupos sociais estáveis, a habilidade de adequar-se a arranjos cooperativos equitativos e de desenvolver os sentimentos necessários a apoiá-los é altamente vantajosa, especialmente quando os indivíduos têm uma vida longa e são dependentes uns dos outros”⁴¹⁴. O senso da justiça e os demais sentimentos morais são tidos do ponto de vista naturalista como uma vantagem adaptativa das vidas duradouras que se consolidam em condições sociais cooperativas. Rawls observa que “essas condições garantem inúmeras ocasiões em que a justiça mútua, a que consistentemente se adere, é benéfica para todas as partes”⁴¹⁵.

Essas duas observações em conjunto com a descrição das etapas do desenvolvimento moral nos permitem compreender a afirmação de Rawls de acordo com a qual *o senso da justiça* compartilhado pelos membros da comunidade desempenha um papel fundamental na garantia da *estabilidade da estrutura básica* em relação à justiça⁴¹⁶. Compreendemos agora que o senso da justiça é o sentimento moral que garante, para a teoria original da justiça como equidade, que as instituições justas sejam capazes de voltar a seu estado de equilíbrio por suas próprias forças, sempre que distúrbios externos não muito grandes as perturbarem, tornando-as, por conseguinte, constantes ao longo do tempo. Compreendemos também que, para essa mesma teoria, a estabilidade das instituições justas tem seu fundamento em três leis da psicologia moral a que os indivíduos de uma sociedade bem-ordenada estão submetidos, sendo a naturalidade dessas leis decorrente de uma interpretação sobre um longo processo evolutivo. Com efeito, Rawls afirma que “para assegurar estabilidade, os homens têm de ter um senso da justiça ou uma preocupação com aqueles que estariam em desvantagem por sua deficiência, preferencialmente ambos”⁴¹⁷. Assim, “quando esses sentimentos são

⁴¹⁴ John Rawls, 1971, p. 503 *id.*, 1999a, p. 440. “It seems clear that for members of a species which lives in stable social groups, the ability to comply with fair cooperative arrangements and to develop the sentiments necessary to support them is highly advantageous, especially when these individuals have a long life and are dependent on one another”.

⁴¹⁵ John Rawls, 1971, p. 503 *id.*, 1999a, p. 440. “These conditions guarantee innumerable occasions when mutual justice consistently adhered to is beneficial to all parties”.

⁴¹⁶ John Rawls, 1971, p. 458; *id.*, 1999a, p. 401.

⁴¹⁷ John Rawls, 1971, p. 497; *id.*, 1999a, p. 435. “To insure stability men must have a sense of justice or a concern for those who would be disadvantaged by their defection, preferably both”.

suficientemente fortes para sobreporem-se às tentações de violar as regras, os esquemas justos são estáveis”⁴¹⁸. Em suma, a permanência de um senso da justiça torna viável o equilíbrio reflexivo sobre a justiça da estrutura básica. A permanência de um senso da justiça garante, portanto, por meio do equilíbrio reflexivo, a estabilidade das instituições justas e a reforma das instituições vigentes sempre que necessário.

Compreendida a estabilidade das instituições justas na teoria original da justiça como equidade, a questão agora é saber em que consiste seu problema. De fato, umas das críticas mais fortes dirigidas à justiça como equidade originalmente formulada é a que assinala uma incongruência entre o fundamento da estabilidade e o restante da teoria. Embora haja divergência, tudo indica ser essa a crítica mais relevante para a transição do pensamento de Rawls⁴¹⁹. Ele mesmo reconhece⁴²⁰ a centralidade dessa crítica para as mudanças que o levaram a publicar *Political liberalism*⁴²¹. Ele acredita que todas as diferenças existentes entre a justiça como equidade e sua interpretação do liberalismo político são consequências da remoção dessa inconsistência encontrada no fundamento da estabilidade⁴²². Rawls afirma ter começado a pensar na reformulação das ideias contidas na teoria da justiça como equidade por ocasião da leitura de um pequeno artigo escrito por Samuel Scheffler⁴²³ que lhe fora enviado pelo próprio Scheffler no outono de 1977. Esse artigo o levou a escrever as conferências apresentadas na *Columbia University* em 1980 e os ensaios posteriores que elaboram a ideia de liberalismo político⁴²⁴.

Scheffler sustenta haver um sério conflito⁴²⁵ entre a descrição da relação entre identidade pessoal e teoria moral constante num artigo de Rawls intitulado *The Independence of Moral Theory*⁴²⁶ e seu próprio argumento contra o utilitarismo constante em *A Theory of Justice*. Scheffler parte da distinção entre a visão simples e a visão complexa da identidade pessoal realizada por Derek Parfit e da qual depende,

⁴¹⁸ John Rawls, 1971, p. 497; *id.*, 1999a, p. 435. “When these sentiments are sufficiently strong to overrule the temptations to violate the rules, just schemes are stable”.

⁴¹⁹ Paul Weithman, 2011.

⁴²⁰ John Rawls, 2000b, p. 27; *id.*, 2000a, p. 551-560.

⁴²¹ John Rawls, 1993; *id.*, 1996; *id.*, 2005.

⁴²² John Rawls, 2005, p. xvi.

⁴²³ Samuel Scheffler, 1979, p. 397-403.

⁴²⁴ John Rawls, 2005, p. xxxii-xxxiii.

⁴²⁵ Samuel Scheffler, 1979, p. 397.

⁴²⁶ John Rawls, 1975b, p. 5-22.

ainda para Parfit, a plausibilidade de distintas teorias morais: a visão complexa interpreta a identidade pessoal como continuidades e conexões corporais e psicológicas, ao passo que a visão simples a interpreta como um fato mais profundo e independente do que a permanência das continuidades relevantes⁴²⁷. Parfit sustenta que visão complexa possui dois corolários: nós passamos a acreditar que a identidade de uma pessoa é menos profunda e que ela pode se manter em graus reduzidos. Desse modo, os princípios morais que se apoiam fortemente na separação das pessoas parecerão menos importantes na óptica da visão complexa do que na óptica da visão simples. Se a visão complexa estiver correta, raciocina Parfit, os princípios distributivos que constroem a maximização da utilidade em nome da equidade serão vistos como menos importantes. Se a visão simples estiver correta, os princípios utilitaristas favoráveis à maximização da utilidade é que serão vistos como menos importantes⁴²⁸. A visão complexa da identidade pessoal torna o utilitarismo mais plausível, ao passo que a visão simples da identidade pessoal torna mais plausíveis, por sua vez, o que Scheffler chama em termos gerais de “teorias normativas kantianas”, como a teoria de Rawls⁴²⁹. Assim, Scheffler constata que o argumento de Parfit levanta uma questão interessante sobre a compatibilidade entre uma visão complexa da identidade pessoal e as teorias normativas kantianas⁴³⁰.

O argumento de Parfit é respondido por Rawls em *The Independence of Moral Theory*⁴³¹, artigo cujo propósito é o de precisamente sustentar que as questões de identidade pessoal não fornecem qualquer base para a aceitação de uma teoria moral em detrimento de outra⁴³². Scheffler observa que, embora Rawls mostre os modos como teorias utilitaristas e kantianas fazem uso de algum critério de identidade pessoal e mostre que ambas seguem restrições compartilhadas relativas a qualquer critério de identidade pessoal, o que levaria à independência entre as visões de identidade e as visões morais, Rawls acaba concedendo que, nessas restrições compartilhadas, uma teoria utilitarista tem menos necessidade de um critério de identidade do que uma teoria

⁴²⁷ Derek Parfit *apud* Samuel Scheffler, 1979, p. 397. Cf. Derek Parfit *in* Alan Montefiore (ed.), *Philosophy and Personal Relations*, Routledge and Kegan Paul, London, 1973, pp. 137-169.

⁴²⁸ Samuel Scheffler, 1979, p. 397.

⁴²⁹ Samuel Scheffler, 1979, p. 398.

⁴³⁰ Samuel Scheffler, 1979, p. 398.

⁴³¹ John Rawls, 1975b, p. 15-20 e p. 21.

⁴³² John Rawls, 1975b, p. 22.

kantiana⁴³³. Para Rawls, então, uma teoria utilitarista depende de um critério mais fraco de identidade, ao passo que uma teoria kantiana depende de um critério mais forte de identidade. Não obstante essa concessão, Rawls responde ao argumento de Parfit observando que nenhum grau de conectividade [*connectedness*] é natural ou fixo e que as verdadeiras continuidades que ligam as vidas das pessoas é que dependem da concepção moral efetivada na sociedade em que elas vivem⁴³⁴. Desse modo, o fato de uma sociedade estabelecer fortes identificações interpessoais não fornece qualquer argumento contra o kantismo, já que essas identificações podem não aparecer numa sociedade ordenada por outra concepção moral. Como uma concepção moral socialmente construída é que estabelece as conexões que se mantêm nas vidas e não o contrário, não há como fatos sobre conectividade de vidas darem qualquer razão para aceitar ou rejeitar uma concepção. Assim, Rawls responde que o kantismo é compatível com uma visão complexa de identidade pessoal, desde que essa concepção estabeleça fortes conexões empíricas em meio às vidas das pessoas.

Em meio a esse debate entre os dois autores, Scheffler se concentra num traço do argumento de Rawls: se nenhum grau de conectividade é natural e se uma sociedade kantiana e uma sociedade utilitarista são igualmente factíveis, então o próprio argumento de Rawls contra o utilitarismo parece estar desfeito⁴³⁵. Por um lado, Scheffler recupera o argumento de Rawls contra o utilitarismo em *A Theory of Justice*⁴³⁶. Para Rawls, o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas. Essa característica é considerada importante para a escolha dos princípios da justiça por a característica de correção de um princípio regulador depender da natureza da coisa a ser regulada. Assim, continua Rawls, se nós assumirmos que a pluralidade de pessoas distintas com separados sistemas de finalidades é um traço essencial das sociedades humanas, então nós não deveríamos esperar que os princípios da justiça fossem utilitaristas. Feita essa recuperação, Scheffler lembra que a sustentação de Rawls de que o utilitarismo não seria escolhido na posição original *por as partes saberem que cada uma tem um plano racional de vida e interesses de longo prazo e por elas estarem convencidas de que o utilitarismo é insuficiente garanti-los*. Por outro lado, Scheffler

⁴³³ Samuel Scheffler, 1979, p. 398.

⁴³⁴ Samuel Scheffler, 1979, p. 398; John Rawls, 1975b, p. 20.

⁴³⁵ Samuel Scheffler, 1979, p. 399.

⁴³⁶ Samuel Scheffler, 1979, p. 399.

recupera ainda o argumento de Rawls contra Parfit em *The Independence of Moral Theory*⁴³⁷. Para Rawls, como nenhum grau de conectividade é natural ou fixo, as verdadeiras continuidades que ligam as vidas das pessoas é que dependem da concepção moral efetivada na sociedade em que elas vivem e não o contrário. Para Scheffler, se esse argumento estiver correto, então parece ser impossível que as partes na posição original saibam que têm um plano racional de vida e interesses de longo prazo. Elas precisam saber disso para que o argumento contra o utilitarismo seja bem sucedido, pois, como elas não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade e como elas não conhecem, nos termos do argumento de Rawls contra Parfit, se sua própria sociedade elaborou nelas fortes identificações kantianas ou fracas identificações utilitaristas, então elas não sabem se elas são pessoas kantianas ou pessoas utilitaristas: *elas podem ser qualquer das duas*. Mais do que isso, diz Scheffler, as partes então *sabem* que elas podem ser qualquer das duas, se esse argumento estiver correto, pois as partes na posição original conhecem as leis gerais da psicologia humana⁴³⁸.

Diante das observações de Scheffler, o argumento de Rawls contra o utilitarismo parece estar desfeito. O problema do utilitarismo em *A Theory of Justice* está no fato de essa concepção ignorar as distinções entre as pessoas definidas como tendo interesse de longo prazo na realização de seu projeto de vida. Ora, observa Scheffler, isso significa que as pessoas presentes na posição original são definidas como pessoas kantianas⁴³⁹. No entanto, em *The Independence of Moral Theory*, Rawls concede que as pessoas saibam que elas podem kantianas, utilitaristas ou ser qualquer outro tipo de pessoa, pois é natural alguém não ser uma pessoa kantiana: tanto alguém pode perder um interesse de longo prazo num projeto de vida como passar a tê-lo. Têm-se, então, uma contradição. A pergunta de Scheffler se coloca: se as pessoas na posição original não têm uma natureza única e se a característica de correção de um princípio depende da natureza da coisa a ser regulada, então como uma escolha racional de princípios poderia ser feita na posição original⁴⁴⁰? A crítica de Scheffler contida nessa pergunta consiste então em afirmar que a pluralidade de distintas naturezas na posição original não permitiria a escolha de princípios corretos de justiça para a estrutura básica da

⁴³⁷ Samuel Scheffler, 1979, p. 399.

⁴³⁸ Samuel Scheffler, 1979, p. 399.

⁴³⁹ Samuel Scheffler, 1979, p. 400.

⁴⁴⁰ Samuel Scheffler, 1979, p. 400.

sociedade, de forma que os dois princípios, os princípios utilitaristas e quaisquer outros princípios de justiça poderiam ser escolhidos.

A descrição da estabilidade de Rawls e a descrição da crítica de Scheffler nos permitem compreender o problema da estabilidade. Ao colocar seu fundamento na psicologia moral e numa interpretação da teoria da evolução, Rawls assumiu que os membros de qualquer sociedade bem-ordenada pensam do mesmo modo e aceitam a mesma concepção de justiça⁴⁴¹. Assim como os cidadãos em geral de uma sociedade bem-ordenada associada ao utilitarismo são assumidos como tendo uma concepção utilitarista da justiça, os cidadãos em geral de uma sociedade bem-ordenada associada à justiça como equidade também foram assumidos como tendo os dois princípios como concepção de justiça. Embora a teoria da justiça como equidade e o utilitarismo sejam teorias mutuamente opostas, elas coincidem na suposição de aceitação de uma mesma concepção moral como condição de estabilidade. Ora, essa é uma maneira pouco realista ou mesmo irrealista de pensar numa sociedade bem-ordenada⁴⁴². A solução para a incoerência interna da teoria requer uma modificação no pensamento de Rawls. Ela consiste, basicamente, em reconhecer a concepção de justiça destinada às principais instituições sociais como uma concepção política e autossustentada de justiça e não como uma concepção propriamente moral e assentada nos efeitos de descrições psicológicas especiais⁴⁴³. Essa modificação reelabora as bases interpretativas do liberalismo político, como veremos a seguir.

3.2 As bases do liberalismo político

A transição do pensamento de Rawls em direção a uma compreensão do liberalismo político se passa em meio a um contexto, que é o da procura de superação da contradição entre a descrição da estabilidade e a descrição da concepção de justiça em questão: a concepção chamada justiça como equidade. Rawls reconhece essa contradição porque ele não quer que essa concepção dependa de afirmações filosóficas e metafísicas, como as relacionadas à verdade universal ou à natureza e identidade

⁴⁴¹ John Rawls, 1999c, p. 489; *id.*, 2005, p. xvi.

⁴⁴² John Rawls, 1999c, p. 489; *id.*, 2005, p. xvii.

⁴⁴³ John Rawls, 1999c, p. 486.

essenciais das pessoas. Isso significa que Rawls passa a ter como objetivo explicar sua concepção de justiça como uma concepção que independe de afirmações dessa ordem⁴⁴⁴. Isso significa que Rawls passa inicialmente a realçar a justiça como equidade como uma concepção política de justiça⁴⁴⁵. O realce da justiça como equidade como uma concepção política de justiça é apenas o primeiro passo em direção à colocação em evidência da relação entre justiça como equidade e liberalismo político e à procura de reelaborar descritivamente o liberalismo político como relacionado ao consenso por sobreposição e à ideia de razão pública. Embora esse percurso pareça ser digressivo em relação ao objetivo da tese, ele logo se mostrará fundamental para a compreensão da carta constitucional do liberalismo político e de sua vinculação com o direito a um mínimo social.

A ideia de concepção política de justiça surge na obra de Rawls como uma característica posteriormente atribuída por ele à justiça como equidade. Embora não tenha sido dada ênfase a esse ponto em sua versão original, Rawls sustenta que a justiça como equidade foi elaborada com a intenção de ser uma concepção política de justiça. Com efeito, a justiça como equidade pode ser entendida como uma concepção política de justiça precisamente porque ela foi elaborada com o objetivo de ser aplicada à estrutura básica da sociedade de uma moderna democracia constitucional⁴⁴⁶. Nas palavras de Rawls, “embora uma concepção política de justiça seja, é claro, uma concepção moral, ela é uma concepção moral produzida para um tipo específico de objeto, nomeadamente, para instituições políticas, sociais e econômicas”⁴⁴⁷. Trata-se de uma concepção política de justiça precisamente porque o objeto dessa concepção são as principais instituições políticas, sociais e econômicas de um sistema unificado de cooperação social e não outro⁴⁴⁸. Ao realçar esse traço da justiça como equidade, Rawls procura mostrar que ela não é a aplicação de uma concepção moral geral à estrutura básica, como se a estrutura básica fosse uma ilustração das várias possibilidades reguladoras de uma concepção moral mais abrangente. Essa é uma característica distintiva da justiça como equidade

⁴⁴⁴ John Rawls, 1985, p. 223; *id.*, 1999c, p. 388.

⁴⁴⁵ John Rawls, 1985, p. 224; *id.*, 1999c, p. 389; Catherine Audard, 2002, p. xiii-xxxvii.

⁴⁴⁶ John Rawls, 1971, p. 7, p. 195 e p. 221-243; *id.*, 1977, p. 159-165; *id.*, 1985, p. 224; *id.*, 1999a, p. 6-7, p. 171 e p. 194-213; *id.*, 1999c, p. 389; *id.*, 2001, p. 10-12 e p. 145-148; *id.*, 2005, p. 257-258.

⁴⁴⁷ John Rawls, 1985, p. 224; *id.*, 1999c, p. 389. “While a political conception of justice is, of course, a moral conception, it is a moral conception worked out for a specific kind of subject, namely, for political, social, and economic institutions”.

⁴⁴⁸ John Rawls, 1985, p. 224; *id.*, 1999c, p. 389.

em relação a outras concepções. No caso do utilitarismo, por exemplo, o princípio de utilidade é aplicado de forma abrangente. Ele é elaborado para ser aplicado desde as ações individuais até o direito internacional⁴⁴⁹. Embora se possa discutir se a justiça como equidade é extensível às ações individuais e ao direito dos povos, sua característica de concepção política de justiça resta inalterada. Ela foi concebida para ter como objeto apenas a estrutura básica da sociedade⁴⁵⁰.

A noção de concepção política de justiça é uma noção essencial do liberalismo político descrito por Rawls⁴⁵¹, de forma que a ênfase dada na característica de concepção política de justiça da justiça como equidade consiste no primeiro passo em direção à elaboração de sua interpretação do liberalismo político. Ao sustentar que as principais instituições políticas, sociais e econômicas devem ser regidas por uma *concepção política de justiça*, Rawls sustenta que elas não devem ser regidas por uma *concepção abrangente*. Uma concepção abrangente é uma concepção que se propõe a abranger ou a explicar os mais diversos domínios da realidade com base num conjunto de princípios ou de ideias ou mesmo num princípio ou numa ideia apenas. Uma concepção abrangente pode ser dos mais variados tipos. Ela pode ser uma concepção abrangente religiosa, moral, filosófica. Uma concepção abrangente religiosa, por exemplo, se propõe a explicar os mais diversos domínios da realidade com base em seus princípios de fé. Ela abrange não só a ligação entre os seres humanos e as origens transcendentais ou as origens imanentes nas quais eles creem, mas também o sentido completo da vida, o sentido de bem, o sentido de moral, o sentido da verdade, o sentido dos fenômenos naturais, tudo enfim, à luz de seus princípios de fé. Uma concepção abrangente também pode ser uma concepção moral, uma concepção filosófica, bem como uma concepção indefinida. Uma concepção abrangente não é necessariamente uma concepção sistemática ou coerente. Uma pessoa pode reunir fragmentos de várias concepções abrangentes religiosas, morais e filosóficas contrapostas entre si⁴⁵². Rawls chama uma

⁴⁴⁹ John Rawls, 1985, p. 225; *id.*, 1999c, p. 390.

⁴⁵⁰ Rawls entende que a justiça como equidade não se aplica ao direito dos povos. Cf. John Rawls, 1999b. A afirmação de que a justiça como equidade passa a ser vista como uma concepção política de justiça parece oferecer uma resposta à crítica de Scheffler. A justiça como equidade não se assemelha ao utilitarismo: ela não é elaborada como objetivo de ser uma concepção moral abrangente, que fundamenta todas as dimensões da vida.

⁴⁵¹ Catherine Audard, 2002, p. xvi-xxii; Erwin Kelly, 2001, p. xi.

⁴⁵² John Rawls, 2005, p. 145-146..

concepção abrangente⁴⁵³ alternativamente de visão abrangente⁴⁵⁴ ou de doutrina abrangente⁴⁵⁵.

Com efeito, as principais instituições políticas, sociais e econômicas devem ser regidas por uma concepção política de justiça e não por uma concepção abrangente. Nas palavras do autor, “o ponto essencial é este: como uma questão política prática, nenhuma concepção moral geral pode fornecer uma base publicamente reconhecida para uma concepção de justiça num moderno estado democrático”⁴⁵⁶. A viabilidade prática de uma concepção abrangente reger as principais instituições políticas, sociais e econômicas significa que uma concepção política de justiça precisa considerar uma diversidade de doutrinas abrangentes e uma pluralidade conflitante de concepções do bem que são afirmadas pelos membros de uma sociedade democrática⁴⁵⁷. Isso significa que uma concepção pública de justiça tanto tem de viabilizar a convivência plural e diversificada quanto tem de ganhar o apoio das distintas visões abrangentes e conflitantes.

Nesse contexto, é importante observar que, embora em “justiça como equidade: política, não metafísica” [*justice as fairness: political, not metaphysical*] Rawls procure mostrar a justiça como equidade como uma concepção política autossustentada de justiça e em “justiça como equidade: uma reformulação” [*justice as fairness: a restatement*] Rawls procure mostrar a justiça como equidade como uma concepção estável nos termos propostos em “liberalismo político” [*political liberalism*], o realce da justiça como equidade como uma concepção política de justiça não significa que a justiça como equidade se confunda com o liberalismo político. A descrição do liberalismo político apresentada por Rawls tem como base a distinção entre justiça como equidade e

⁴⁵³ John Rawls, 1987, p. 4; *id.*, 1999c, p. 425.

⁴⁵⁴ John Rawls, 2005, p. 13, p. 159-160.

⁴⁵⁵ John Rawls, 2005, p. 58 e ss., *passim*. A expressão mais frequente e que denomina a ideia é “doutrina abrangente”.

⁴⁵⁶ John Rawls, 1985, p. 225; *id.*, 1999c, p. 390. “The essential point is this: as a practical political matter no general moral conception can provide a publicly recognized basis for a conception of justice in a modern democratic state”.

⁴⁵⁷ John Rawls, 1985, p. 225; *id.*, 1999c, p. 390.

liberalismo político. A justiça como equidade é vista por Rawls como uma dentre várias interpretações do liberalismo político⁴⁵⁸.

Uma vez compreendido que uma concepção política de justiça é uma concepção moral voltada para um tipo específico de objeto, a estrutura básica de uma democracia constitucional moderna, que essa concepção não é uma doutrina abrangente e que essa concepção tem de considerar uma diversidade de doutrinas abrangentes e uma pluralidade de conflitantes concepções de bem afirmadas pelos membros da sociedade democrática⁴⁵⁹, está posto o problema a que o liberalismo político procura responder. Com efeito, o liberalismo político descrito por Rawls procura responder a duas questões fundamentais sobre justiça política numa sociedade democrática. Primeiro, ele procura responder à questão sobre a concepção de justiça mais apropriada para especificar os termos equitativos da cooperação social. Segundo, ele procura responder ao problema dos fundamentos da tolerância. Essas questões só têm sentido em função de a sociedade democrática moderna ser marcada pelo fato do pluralismo razoável. O fato do pluralismo razoável é o fato de a cultura política de uma sociedade democrática moderna ser sempre marcada por uma diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais opostas e irreconciliáveis, sendo algumas delas doutrinas razoáveis⁴⁶⁰. Assim, o liberalismo político procura responder, sinteticamente, à pergunta de como é possível existir uma sociedade justa e estável ao longo do tempo, sendo essa sociedade composta de pessoas livres e iguais que permanecem profundamente divididas por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis⁴⁶¹.

Para alcançarmos o sentido da questão central do liberalismo político, suponhamos que a justiça como equidade ou outra concepção de justiça, como a concepção utilitarista, fosse a concepção de justiça adotada por uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo razoável. Chamemos a concepção adotada de concepção *n*. Se essa concepção *n* for adotada para reger as principais instituições políticas, econômicas e sociais, isso significa que ela tem o apoio das pessoas as mais diversas. Rawls observa que, se ela devesse ser mantida regendo as principais instituições de forma estável, isto

⁴⁵⁸ John Rawls, 2005, p. xviii, p. xxix; p. xxxvi; p. xlv; p. l-li, p. lviii; p. 9-10, p. 65-66, p. 154, p. 164, *et passim*.

⁴⁵⁹ John Rawls, 1985, p. 224; *id.*, 1999c, p. 389; *id.*, 2005, p. 11.

⁴⁶⁰ John Rawls, 2005, p. 3-4, p. 36.

⁴⁶¹ John Rawls, 2005, p. xviii, p. 4.

é, com um apoio permanente das pessoas, a despeito das inúmeras circunstâncias políticas, sociais e econômicas enfrentadas na convivência social, “a concepção de justiça deveria ser, na medida do possível, independente das doutrinas filosóficas e religiosas opostas e conflitantes que os cidadãos afirmam”⁴⁶². Isso significa que a estabilidade da concepção *n* depende de ela se manter independente em relação a elas. Em outras palavras, isso significa que o liberalismo político não requer nem oferece nenhuma teoria epistemológica ou metafísica além daquilo que estiver implicado pela própria concepção política de justiça que for capaz de se manter como uma visão autossustentada de justiça política. Na terminologia de Rawls, uma visão autossustentada [*a freestanding view*] de justiça é precisamente uma concepção de justiça que se mantém independente das doutrinas abrangentes que a apoiam. No entanto, sua independência não significa indiferença, uma vez que “a concepção política [de justiça] é um módulo, uma parte constituinte essencial, que se encaixa de diferentes modos e pode ser apoiada por várias doutrinas abrangentes razoáveis que duram na sociedade regulada por ela”⁴⁶³. Desse modo, a pergunta sobre *a possibilidade* de existir uma sociedade justa e estável ao longo do tempo, sendo essa sociedade composta de pessoas livres e iguais que permanecem profundamente divididas por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, é respondida pelo liberalismo político de forma afirmativa, desde que a concepção política de justiça seja autossustentada.

Até agora, sabemos que o liberalismo político responde afirmativamente à pergunta sobre a possibilidade de uma sociedade uma justa e estável marcada pelo fato do pluralismo razoável colocando a necessidade de uma concepção política de justiça que seja autossustentada. Diante disso, pelo menos duas questões estão colocadas. A primeira é a de como o liberalismo político reconhece uma concepção autossustentada. Essa pergunta decorre do raciocínio que estamos desenvolvendo no momento, que, por sua vez, decorre da constatação do fato do pluralismo razoável realizada pelo liberalismo político. Há, no entanto, uma questão preliminar, que procura saber *como* uma concepção política de justiça pode ser elaborada. Proponho prosseguirmos com o raciocínio presente e respondermos à pergunta de como reconhecer uma concepção

⁴⁶² John Rawls, 2005, p. 9. “[...] the conception of justice should be, as far as possible, independent of the opposing and conflicting philosophical and religious doctrines that citizens affirm”.

⁴⁶³ John Rawls, 2005, p. 144-145. “As marked in I:2.2, the political conception is a module, an essential constituent part, that in different ways fits into and can be supported by various reasonable comprehensible doctrines that endure in the society regulated by it”.

autossustentada. Ela nos levará à questão de como uma concepção política de justiça pode ser elaborada.

Prosseguindo o raciocínio, o problema de como o liberalismo reconhece uma concepção política de justiça é respondido por meio da ideia de construtivismo político. Nas palavras de Rawls, “o construtivismo político é uma visão sobre a estrutura e o conteúdo de uma concepção política”⁴⁶⁴. Para o construtivismo político, os princípios de uma concepção política de justiça (seu conteúdo) são o resultado de certo procedimento de construção (sua estrutura)⁴⁶⁵. Isso significa que, para uma visão construtivista de concepção política, não há princípios previamente existentes que sejam intuitivamente conhecidos pela razão humana. Ao contrário, os princípios são o resultado de um procedimento posto para construí-los. Esse procedimento incorpora todos os requisitos de racionalidade e razoabilidade que se supõe serem necessários para resultar em princípios que contendam os atributos pretendidos dos princípios. A posição original da justiça como equidade pode ser vista como um exemplo de construtivismo político. Rawls observa que a ideia de construtivismo é familiar a qualquer um que conheça a posição original ou uma estrutura semelhante⁴⁶⁶. Princípios de justiça caracterizados como adequados são o resultado de um procedimento em que pessoas racionais em condições racionais e razoáveis⁴⁶⁷, diretamente ou por meio de seus representantes, os constroem, *ipso facto*, com essas características. A razão prática como concebida por Immanuel Kant também pode ser vista como um exemplo de construtivismo⁴⁶⁸. Rawls entende que a razoabilidade dos princípios de justiça que formam a concepção política de justiça adotada por uma sociedade que vivencia o liberalismo político decorre de sua característica construtivista, isto é, de elas decorrerem de um processo construtivo. Nas palavras do autor, “os princípios que resultam de um processo adequado de construção, um que expresse apropriadamente os

⁴⁶⁴ John Rawls, 2005, p. 89. “Political constructivism is a view about the structure and content of a political conception”.

⁴⁶⁵ John Rawls, 2005, p. 89-90.

⁴⁶⁶ John Rawls, 2005, p. xx.

⁴⁶⁷ John Rawls, 2005, p. 103.

⁴⁶⁸ Embora o construtivismo caracterize tanto a concepção de Kant quanto a de Rawls, há diferenças entre elas. Cf. John Rawls, 2005, p. 99-102.

princípios e as concepções requisitadas da razão prática, eu os penso como razoáveis”

469

Com efeito, o liberalismo político afirma a possibilidade de uma sociedade uma justa e estável marcada pelo fato do pluralismo razoável, desde que ela seja regida por uma concepção política de justiça autossustentada, cujo reconhecimento está em sua razoabilidade decorrente de sua elaboração construtivista. A razoabilidade caracteriza o construtivismo político do liberalismo, mas não só o construtivismo. A razoabilidade do pluralismo, a razoabilidade da concepção política de justiça e a razoabilidade do construtivismo são compatíveis com a razoabilidade dos cidadãos e de seus representantes e vice-versa. A razoabilidade não se confunde a racionalidade. Na interpretação de Rawls, uma definição de razoabilidade e uma distinção entre razoabilidade e racionalidade podem ser situadas na “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” [*Grundlegung der Metaphysik der Sitten*] de Immanuel Kant: a razoabilidade ou o razoável representa o imperativo categórico, ao passo que a racionalidade ou o racional o imperativo hipotético⁴⁷⁰. Isso significa que o razoável tem uma característica de adequação de meios a fins morais, ao passo que o racional tem uma característica de adequação de meios a fins técnicos. Transposta para os termos do liberalismo político, as pessoas são razoáveis, por um lado, quando elas propõem e honram termos equitativos de cooperação, dado que outros também o façam, e, por outro lado, quanto elas reconhecem e estão dispostas a suportar as consequências dos limites do juízo ou das limitações do julgamento [*the burdens of judgment*]⁴⁷¹. Esse segundo aspecto da razoabilidade limita o alcance do que uma pessoa pensa sobre o que possa ser justificado para outra, conduz a uma forma de tolerância e serve de base para a ideia de razão pública. Nesse contexto, é possível afirmar que as pessoas razoáveis desejam um mundo social no qual elas, como pessoas livres e iguais, possam cooperar umas com as outras em termos que todas possam aceitar. Os termos que todos possam

⁴⁶⁹ John Rawls, 2005, p. xx. “The principles that issue from a suitable procedure of construction, one that properly expresses the requisite principles and conceptions of practical reason, I think of as reasonable”.

⁴⁷⁰ John Rawls, 2005b, p. 48-49. O razoável faz parte da ideia de reciprocidade que, por sua vez, se relaciona com as ideias de imparcialidade e de benefício mútuo com respeito à situação presente ou futura. Vale observar que Rawls distingue as ideais de racional e de razoável, mas as compreende como complementares.

⁴⁷¹ Os limites do juízo ou as limitações do julgamento são as fontes ou as causas do desacordo entre pessoas razoáveis, como o desacordo sobre o peso de certos tipos de considerações relevantes, como a vagueza ou indeterminação dos conceitos, como a complexidade de certas evidências e assim por diante. John Rawls, 2005b, p. 54-58 (II, 2).

aceitar não são os termos de uma doutrina *x* ou *y*, mas que são os termos de um consenso alcançado por sobreposição e argumentado com termos públicos⁴⁷². A razoabilidade, portanto, é uma característica inerente a cidadãos livres e iguais que formam uma sociedade justa e estável, não obstante a existência de diferenças marcantes sobre questões importantes de cunho moral, filosófico e religioso. A razoabilidade define, nesses termos, um senso de cooperação social como condição indispensável de cidadãos livres e iguais que, dado o fato do pluralismo razoável, pretendem construir e viver de modo estável uma democracia constitucional⁴⁷³. Para o liberalismo político, ao caracterizar o pluralismo e a concepção política, os cidadãos e seus representantes, a razoabilidade se revela como traço da cultura política de uma sociedade democrática.

Com efeito, a razoabilidade é inerente às pessoas livres e iguais, aos cidadãos, a seus representantes e à cultura política de fundo de uma sociedade democrática. Quanto a essa descrição das pessoas, dos cidadãos e de seus representantes, vale observar que ela é uma concepção política das pessoas como livres e iguais e não uma concepção metafísica das pessoas como livres e iguais. Isso significa que o liberalismo político os interpreta como sendo livres e iguais em três aspectos⁴⁷⁴: primeiro, elas são livres no sentido de que elas têm a capacidade de mudar suas concepções de bem a qualquer momento, isto é, sua *identidade pessoal*, com suas afeições, lealdades e devoções, sem que isso altere sua *identidade pública ou institucional*, com seu *status* de cidadania igual e sua identidade de titular de direitos fundamentais⁴⁷⁵; segundo, que elas são livres no sentido de que elas são fontes autoautenticáveis de reivindicações válidas, isto é, elas são titulares do direito de apresentar pretensões perante as instituições como o objetivo de promover suas concepções de bem dentro do conjunto permitido pela concepção política de justiça⁴⁷⁶; terceiro, elas são livres no sentido de que elas são

⁴⁷² Trata-se das ideias de consenso por sobreposição e de razão pública, que serão detalhados em breve. Cf. John Rawls, 2005b, p. 59, p. 133-172 e p. 212-254.

⁴⁷³ John Rawls, 2005b, p. 47-66.

⁴⁷⁴ John Rawls, 2005, p. 29-35.

⁴⁷⁵ Rawls recorre a um exemplo conhecido em nossa cultura de fundo: na estrada para Damasco, Saulo de Tarso se torna Paulo o apóstolo. Para o liberalismo político, tal conversão altera a identidade pessoal, mas não altera a identidade pública ou institucional. Cf. John Rawls, 2005, p. 31.

⁴⁷⁶ Rawls recorre ao que ele reconhece ser um caso extremo: os escravos são seres humanos que não são contados como fontes autoautenticáveis de reivindicações ou pretensões; as leis que os protegem de maus-tratos originam-se de proprietários de escravos ou de interesses gerais da sociedade, mas não de escravos, uma vez que eles estão “institucionalmente mortos”. Esse exemplo contrasta com a visão que o

capazes de assumir responsabilidades pelos seus fins, afetando, assim, o modo como suas várias reivindicações ou pretensões são avaliadas, isto é, sua liberdade envolve a capacidade de ajustar o que elas podem razoavelmente esperar adquirir das vias institucionais àquilo que elas poderiam razoavelmente esperar contribuir, na medida de suas possibilidades. Isso significa não que as pessoas sejam naturalmente livres e iguais, nem que elas se vejam pessoalmente e aos outros como livres e iguais, mas que as pessoas, os cidadãos e seus representantes são concebidos pela cultura política de uma sociedade democrática como sendo livres e iguais, mesmo que metafísica ou aprioristicamente sua condição de liberdade e igualdade seja discutível.

Com efeito, as ideias de concepção política de justiça, de fato do pluralismo razoável, de concepção autossustentada, de construtivismo político, de racionalidade e de razoabilidade são ideias imprescindíveis à compreensão preliminar do liberalismo político. Elas nos permitem compreender preliminarmente como uma concepção política liberal de justiça pode ser elaborada e mantida ao longo do tempo. Em outras palavras, elas nos preparam para a compreensão de duas das principais ideias relacionadas à elaboração e à estabilidade de uma concepção política de justiça do liberalismo político: a ideia de um consenso sobreposto ou consenso por sobreposição e a ideia de razão pública.

3.2.1 O consenso por sobreposição ou consenso sobreposto [*overlapping consensus*]

A ideia de um consenso sobreposto ou consenso por sobreposição [*overlapping consensus*] permite não só compreender como uma concepção política de justiça pode ser elaborada de forma estável, mas também compreender em que consiste o liberalismo político nos termos da descrição de Rawls. Para apresentar a ideia de um consenso sobreposto tal como formulada por Rawls, é importante recordar a crítica de Scheffler. Ao colocar seu fundamento da estabilidade na psicologia moral e numa interpretação da teoria da evolução, Rawls assumiu que os membros de qualquer sociedade bem-

liberalismo político tem da condição de livre e igual de todas as pessoas como capazes de autoautenticação de pretensões. Cf. John Rawls, 2005, p. 33.

ordenada pensam do mesmo modo e aceitam a mesma concepção de justiça⁴⁷⁷. Essa maneira irrealista de pensar numa sociedade bem-ordenada⁴⁷⁸ requereu uma modificação no pensamento de Rawls. É verdade que essa modificação consiste, basicamente, em reconhecer a concepção de justiça como uma concepção política e autossustentada de justiça com base construtivista⁴⁷⁹. Essa afirmação, no entanto, para ser bem compreendida, pressupõe o reconhecimento de que uma sociedade bem-ordenada, moderna e democrática é caracterizada pelo fato do pluralismo razoável. Com efeito, é o reconhecimento do fato do pluralismo razoável que requer a elaboração de ideias como as de concepção política de justiça, de construtivismo político, de visão autossustentada, de razoabilidade, e, especialmente, de consenso sobreposto e de razão pública.

Para Rawls, dada a pluralidade de doutrinas religiosas, morais e filosóficas razoáveis que caracterizam uma sociedade democrática moderna, a concepção política de justiça que rege essa sociedade é uma concepção estável por se distinguir das várias doutrinas abrangentes razoáveis que a apoiam, por resultar de um processo de construção e por se caracterizar pela razoabilidade inerente às pessoas livres e iguais, aos cidadãos, a seus representantes e à cultura política de fundo de uma sociedade democrática. Com isso em mente, é possível dirigirmo-nos à questão de saber como uma concepção política de justiça reconhecida nos termos do liberalismo político pode ser elaborada e se manter estável. Em meio à pluralidade de doutrinas religiosas, morais e filosóficas opostas e irreconciliáveis, não obstante serem razoáveis, a elaboração de uma concepção política de justiça capaz de se manter de forma estável ao longo do tempo se deve à realização de um consenso sobreposto ou consenso por sobreposição.

Inicialmente, é possível afirmar que o consenso sobreposto ou consenso por sobreposição é o elemento que confere estabilidade ao longo do tempo à concepção política de justiça de uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo razoável. Um traço característico desse consenso é o estabelecimento de uma relação entre a concepção política de justiça adotada socialmente e a doutrina abrangente de cada pessoa ou, em outras palavras, de uma relação entre uma base pública de justificação e

⁴⁷⁷ John Rawls, 1999c, p. 489; *id.*, 2005, p. xvi.

⁴⁷⁸ John Rawls, 1999c, p. 489; *id.*, 2005, p. xvii.

⁴⁷⁹ John Rawls, 1999c, p. 486.

as várias bases não públicas de justificação. Essa relação pode ser ou de continuidade, no sentido de que a concepção pública de justiça é vista como uma consequência da doutrina abrangente, ou de aproximação, no sentido de que a concepção política de justiça é vista como aceitável pela doutrina abrangente⁴⁸⁰.

Rawls procura explicar a ideia de consenso sobreposto por meio de um caso modelo e por meio de quatro objeções que são dirigidas a essa ideia fundamentadora da estabilidade social⁴⁸¹. O caso modelo é usado por Rawls para indicar o que ele quer dizer com a ideia de consenso por sobreposição⁴⁸². O caso modelo contempla três visões de afirmação de uma concepção política de justiça. A primeira visão é uma doutrina religiosa, que afirma uma concepção política porque sua visão de religião e de fé livre leva a um princípio de tolerância que subscreve as liberdades fundamentais de um regime constitucional⁴⁸³. A segunda visão é uma doutrina moral liberal, um liberalismo de Kant ou um liberalismo de Mill, que afirma uma concepção política porque seu entendimento de liberdade subscreve as liberdades fundamentais de um regime constitucional⁴⁸⁴. A terceira visão é uma visão parcialmente abrangente, pluralista e não sistematicamente unificada, que inclui valores políticos formulados por uma autossustentada concepção política de justiça e uma ampla família de valores não-políticos, que afirma uma concepção política porque sustenta que os valores políticos normalmente se sobressaem [*overweight*] perante quaisquer valores não-políticos que conflitem consigo, com os valores políticos⁴⁸⁵. As duas primeiras visões, a visão religiosa e a visão dos liberalismos de Kant ou de Mill, concordam com a terceira visão quanto à sobressalência dos valores políticos.

Ao afirmar que todas as visões se sobrepõem na concepção política, Rawls quer dizer que todas as visões estão numa situação semelhante à de *coincidência* quanto à concepção política. É importante compreender o alcance do ato de sobreposição. No inglês contemporâneo, o verbo *overlap*, que nós traduzimos como “sobrepor-se”, tem,

⁴⁸⁰ John Rawls, 2005, p. xix.

⁴⁸¹ John Rawls, 1987, p. 9; *id.* 1999c, p. 430; *id.*, 2005, p. 145.

⁴⁸² John Rawls, 1987, p. 9; *id.* 1999c, p. 430; *id.*, 2005, p. 145.

⁴⁸³ John Rawls, 1987, p. 9; *id.* 1999c, p. 430; *id.*, 2005, p. 145.

⁴⁸⁴ John Rawls, 1987, p. 9; *id.* 1999c, p. 431; *id.*, 2005, p. 145.

⁴⁸⁵ John Rawls, 2005, p. 145. O caso modelo é redefinido em *Political Liberalism* na descrição da visão assistemática.

pelo menos, três significados⁴⁸⁶. Primeiro, se duas ou mais coisas se sobrepõem, isso significa que uma coisa cobre parte de outra coisa, como as telhas que se sobrepõem no teto. Segundo, se duas ou mais ideias se sobrepõem, isso significa que uma ideia cobre algumas coisas, mas não todas as coisas da outra, como no caso das ideias de tomar um sorvete de morango e de tomar um sorvete de chocolate, que se sobrepõem quanto a tomar sorvete, embora não se sobreponham quanto ao sabor. Terceiro, se dois ou mais períodos de tempo se sobrepõem, o segundo começa antes de o primeiro período de tempo ter terminado, como no caso de um período de férias de uma pessoa se sobrepor ao de outra. Como se pode notar, o sentido de sobreposição não remete à ideia de hierarquia, mas a uma ideia semelhante à de coincidência entre frações de duas partes, duas ideias, dois períodos temporais, etc. O ponto central é o de que, se duas coisas se sobrepõem, uma parte da primeira e uma parte da segunda ocupam a mesma área, assim como se duas ideias ou atividades se sobrepõem elas envolvem alguns dos mesmos assuntos, pessoas ou períodos de tempo⁴⁸⁷. Isso significa que elas parcialmente *coincidem*⁴⁸⁸. Assim, é possível compreender a afirmação de Rawls segundo a qual, no caso modelo, “todas as visões levam grosseiramente aos mesmos julgamentos políticos e, portanto, *se sobrepõem* na concepção política” (grifo meu)⁴⁸⁹.

Como disse antes, Rawls procura explicar a ideia de consenso sobreposto tanto por meio do caso modelo, quanto por meio de quatro objeções que são dirigidas à própria ideia de consenso sobreposto⁴⁹⁰. As objeções afirmam (1) que o consenso sobreposto é um mero *modus vivendi*⁴⁹¹; (2) que o consenso sobreposto é uma forma de evitar doutrinas gerais e abrangentes, o que implica numa indiferença ou um ceticismo concernente à possibilidade de a concepção política de justiça ser verdadeira⁴⁹²; (3) que mesmo concedendo que um consenso sobreposto não seja um *modus vivendi*, uma

⁴⁸⁶ Longman dictionary of contemporary English, 2003, p. 1176.

⁴⁸⁷ Collins Cobuild advanced learner's English dictionary, 2003, p.1026.

⁴⁸⁸ The shorter Oxford English dictionary, 1959b, p. 1404.

⁴⁸⁹ John Rawls, 2005, p. 146. “[...] all views lead to roughly the same political judgments and thus overlap on the political conception”.

⁴⁹⁰ John Rawls, 1987, p. 9; *id.*1999c, p. 430; *id.*, 2005, p. 145.

⁴⁹¹ John Rawls, 1987, p. 9; *id.*1999c, p. 430; *id.*, 2005, p. 145.

⁴⁹² John Rawls, 1987, p. 12; *id.*1999c, p. 434; *id.*, 2005, p. 150.

concepção política operável tem de ser geral e abrangente⁴⁹³; (4) que um consenso sobreposto é utópico⁴⁹⁴.

Para entender a primeira objeção, é preciso entender o que é um *modus vivendi*. Rawls afirma que *modus vivendi* é uma expressão usada para caracterizar um tratado que regula a relação entre dois estados com interesses nacionais em desacordo e que é minuído de forma tal que seja de conhecimento público não ser vantajoso a nenhuma das partes descumpri-lo, representando um ponto de equilíbrio, mas em que há possibilidade de ambos estarem prontos a buscar suas metas contrapostas a expensas um do outro, caso as circunstâncias mudem e eles possam proceder dessa forma⁴⁹⁵. John Bassett Moore⁴⁹⁶ observa que alguns tratados são chamados de *modus vivendi* em razão de sua característica provisória. S. Akeenda observa que um *modus vivendi* denota um acordo provisório, preliminar ou transitório que tem o objetivo de regular uma questão ainda pendente de negociações para uma solução permanente⁴⁹⁷. Os *modi vivendi* são tratados que regulam uma questão controversa num momento em que as partes não podem concordar com um tratado definitivo. Eles assumem qualquer forma de tratado, mas normalmente assumem a forma de uma troca de notas ou de um protocolo formal⁴⁹⁸ e, embora possam regular qualquer questão, a prática dos estados mostra que eles são preferidos para questões de fronteira, comércio e navegação aérea⁴⁹⁹. Como tratados que são, os *modi vivendi* são vinculantes entre as partes, mas são concluídos sem prejuízo para os direitos ou reivindicações das partes na solução permanente da questão. A característica provisória do *modus vivendi* requer que ele preveja expressamente suas datas de início e de fim de vigência, mas na ausência dessa previsão, é razoável entender que seu término aconteça com a solução definitiva da questão. Essas observações de Akeenda e de Moore nos permitem compreender a conotação provisória, não obstante vinculante, de um *modus vivendi*⁵⁰⁰. Essa conotação provisória está

⁴⁹³ John Rawls, 1987, p. 15; *id.*1999c, p. 437; *id.*, 2005, p. 154.

⁴⁹⁴ John Rawls, 1987, p. 18; *id.*1999c, p. 440; *id.*, 2005, p. 158.

⁴⁹⁵ John Rawls, 1987, p. 10; *id.*1999c, p. 432; *id.*, 2005, p. 147.

⁴⁹⁶ John Bassett Moore, 1906, p. 214.

⁴⁹⁷ S. Akeenda, 1997, p. 219.

⁴⁹⁸ John Bassett Moore, 1906, p. 214.

⁴⁹⁹ S. Akeenda, 1997, p. 219.

⁵⁰⁰ S. Akeenda, 1997, p. 219-220. Lord McNair restringe o sentido de *modus vivendi* a um tratado temporário que prolonga a duração de um tratado de ano a ano. Lord McNair, 1961, p. 24.

presente no texto de Rawls, quando ele compreende o *modus vivendi* como passível de insucesso e como representando um ponto de equilíbrio.

Rawls sustenta que o consenso por sobreposição é muito diferente de um *modus vivendi* por três razões⁵⁰¹. Primeiro, o consenso sobreposto tem um objeto moral, que é a concepção política de justiça, ao passo que o *modus vivendi* tem um objeto a mera aceitação de certas autoridades e certos arranjos institucionais⁵⁰². Segundo, o consenso sobreposto tem um fundamento moral, ao passo que o *modus vivendi* tem fundamento na simples convergência de interesses pessoais ou de grupo [*self- or group interests*]. Com efeito, o fundamento do consenso sobreposto é um fundamento moral porque todos aqueles que afirmam a concepção política começam de dentro de sua própria visão abrangente, com seus aspectos religiosos, morais e filosóficos⁵⁰³. Como as doutrinas abrangentes são sinceramente sustentadas pelos cidadãos, cada um afirma a concepção política de justiça por meio de sua doutrina de forma sincera. Terceiro, o consenso sobreposto conecta seu objeto moral e seu fundamento moral com a estabilidade, de forma que o consenso sobreposto é estável, ao passo que o *modus vivendi* é apenas equilibrado. Nas palavras de Rawls, “isso significa que aqueles que afirmam as várias visões que apoiam a concepção política não retirarão dela seu apoio caso a força relativa de sua visão na sociedade aumente e finalmente se torne dominante”⁵⁰⁴. O apoio à concepção política permanece no consenso sobreposto porque cada visão abrangente apoia a concepção política pela finalidade e pelos méritos da própria concepção política e não pela finalidade ou pelos méritos da visão abrangente. Esse apoio não permanece no *modus vivendi* porque ele é aparente, ele depende da sorte de haver um equilíbrio circunstancial entre as forças relativas de interesses individuais ou de interesses grupais⁵⁰⁵. De fato, a concepção política de justiça é independente ou autossustentada em relação às doutrinas abrangentes e o apoio com que ela conta é efetivo.

⁵⁰¹ John Rawls, 2005, p. 147-148.

⁵⁰² John Rawls, 1987, p. 11; *id.* 1999c, p. 432; *id.*, 2005, p. 147.

⁵⁰³ John Rawls, 1987, p. 11; *id.* 1999c, p. 432; *id.*, 2005, p. 147-148.

⁵⁰⁴ John Rawls, 1987, p. 11; *id.* 1999c, p. 432; *id.*, 2005, p. 148. “This means that those who affirm the various views supporting the political conception will not withdraw their support of it should the relative strength of their view in society increase and eventually become dominant”.

⁵⁰⁵ John Rawls, 1987, p. 11; *id.* 1999c, p. 433; *id.*, 2005, p. 148.

Essas considerações levam Rawls a lidar com a segunda objeção, segundo a qual o consenso sobreposto seria uma forma de evitar doutrinas gerais e abrangentes, o que implicaria numa indiferença ou um ceticismo quanto à possibilidade de a concepção política de justiça ser verdadeira⁵⁰⁶. Com efeito, o construtivismo do liberalismo político afirma que a concepção política resultante de seu procedimento de construção é *razoável*, em oposição à afirmação de que a concepção política resultante de seu procedimento é *verdadeira*. A concepção política não tem como base uma epistemologia ou uma concepção de verdade. Isso não significa que a verdade esteja fora de questão. A concepção política de justiça não é indiferente ou cética quanto à ideia de verdade nem entra em conflito com ela, pois isso tanto colocaria a concepção política em oposição às doutrinas abrangentes e inviabilizaria desde o início o objetivo de alcançar um consenso sobreposto. Nas palavras de Rawls, “nós tentamos, na medida do possível, nem asseverar nem negar qualquer visão religiosa, filosófica ou moral particular, ou sua teoria da verdade e status de valores associado”⁵⁰⁷. No entanto, continua o autor, “nós esperamos tornar possível para todos aceitar a concepção política como verdadeira ou razoável a partir do ponto de vista de sua própria visão abrangente, qualquer que ela possa ser”⁵⁰⁸. Para Rawls, a concepção política de justiça não é indiferente à verdade na moral e na filosofia, assim como o princípio da tolerância não é indiferente à verdade na religião: nós buscamos na cultura política pública as ideias com base nas quais uma concepção política de justiça possa ser elaborada. Desse modo, há uma congruência entre ela e nossas convicções mais refletidas sem que uma se confunda com as outras⁵⁰⁹. É nesse sentido que a afirmação da verdade cabe a cada doutrina abrangente e não à concepção política de justiça, sem que isso implique uma indiferença ou um ceticismo em relação à verdade.

A resposta à segunda objeção nos permite entrever a resposta à terceira objeção, para a qual, mesmo concedendo que um consenso sobreposto não seja um *modus vivendi*, uma concepção política operável teria de ser geral e abrangente. A objeção sustenta que uma

⁵⁰⁶ John Rawls, 1987, p. 12; *id.* 1999c, p. 434; *id.*, 2005, p. 150.

⁵⁰⁷ John Rawls, 1987, p. 12-13; *id.*, 1999c, p. 434; *id.*, 2005, p. 150. “We try, as far as we can, neither to assert nor to deny any particular comprehensive, religious, philosophical, or moral view, or its associated theory of truth and the status of values”.

⁵⁰⁸ John Rawls, 1987, p. 13; *id.*, 1999c, p. 434; *id.*, 2005, p. 150. “[...] we hope to make it possible for all to accept the political conception as true or reasonable from the standpoint of their own comprehensive view, whatever it may be”.

⁵⁰⁹ John Rawls, 1987, p. 13; *id.*, 1999c, p. 435; *id.*, 2005, p. 150-151.

concepção política teria de se apoiar numa doutrina abrangente, pois, sem uma doutrina abrangente, não haveria como ordenar os diferentes conflitos de uma forma apropriada. Essa é uma objeção considerada natural por Rawls, uma vez que nós somos tentados a perguntar de que outra forma as reivindicações ou pretensões conflitantes poderiam ser julgadas senão dentro da coerência de uma doutrina abrangente⁵¹⁰. Para Rawls, parte dessa resposta está na terceira visão do caso modelo. A terceira visão é do caso modelo é a visão parcialmente abrangente, pluralista e não sistematicamente unificada. Nós vimos na descrição dessa visão que ela inclui valores políticos autossustentados e uma ampla família de valores não-políticos, sendo que os valores políticos autossustentados normalmente se sobressaem [*overweight*] perante os valores não-políticos com os quais conflite⁵¹¹. As pessoas que possuem essa terceira visão diferem das que possuem a primeira e a segunda visão do caso modelo porque seus valores não estão sistematicamente ordenados. Como elas não têm uma visão plenamente abrangente, mas parcialmente abrangente, elas reconhecem valores e virtudes pertencentes a diversas partes da vida. Elas afirmam que uma doutrina abrangente é, para elas, desnecessária, porque, dentro dos limites permitidos pelas liberdades básicas e de outras disposições constitucionais, todos podem respeitar seus próprios valores não-políticos. A terceira visão mostra, portanto, que é possível julgar reivindicações conflitantes com base nas liberdades básicas e em outras disposições constitucionais sem ter de recorrer a uma, para ela, desnecessária doutrina plenamente abrangente, embora ela afirme uma doutrina parcialmente abrangente a que poderia ser atribuída alguma forma de sistematicidade.

A resposta à terceira objeção é dada, no entanto, por meio da solução do problema de como pode uma concepção política expressar valores que se sobressaem [*outweight*] perante outros valores que conflitam consigo⁵¹². Esse problema existe não só internamente na terceira visão, mas também na relação entre as duas outras visões do caso modelo com a concepção política de justiça. A objeção supõe que os cidadãos quisessem que suas doutrinas plenamente abrangentes (valores não-políticos) se sobressaíssem perante a concepção política de justiça (valores políticos) e que a concepção política teria de ser uma extensão de uma concepção abrangente (dotada

⁵¹⁰ John Rawls, 1987, p. 15; *id.*, 1999c, p. 437-438; *id.*, 2005, p. 155.

⁵¹¹ John Rawls, 2005, p. 145 e p. 155.

⁵¹² John Rawls, 1987, p. 17; *id.*, 1999c, p. 440; *id.*, 2005, p. 157-158.

daqueles valores não-políticos) para que permanecesse operante. Rawls responde ao problema em questão e à terceira objeção: a razão para que os valores da concepção política se sobressaíam está no *peso muito grande das virtudes políticas que tornam possível a concepção política de um regime liberal em sentido amplo*. Com efeito, a concepção política autossustentada de justiça do liberalismo político realiza duas coisas fundamentais: ela protege *os direitos básicos*, atribuindo-lhes uma proteção especial; e ela inclui medidas que garantem meios materiais para que todos os cidadãos façam uso efetivo dos direitos básicos⁵¹³. Rawls observa que, ao encarar o fato do pluralismo razoável e proceder dessa maneira, os valores políticos da concepção política de justiça removem da agenda política as questões que causam maior divisão, as contendas sérias que enfraquecem as bases da cooperação social⁵¹⁴. Esses valores de peso muito grande a que Rawls se refere são as virtudes de cooperação política [*virtues of political cooperation*]. Elas são virtudes de sustentação, isto é, virtudes que tornam possível um regime constitucional. Essas virtudes são, por exemplo, a virtude da tolerância, a virtude de estar pronto para concordar com os outros em parte, a virtude da razoabilidade e a virtude da equidade⁵¹⁵. Desse modo, afirma Rawls, “os valores que conflitam com a concepção política de justiça e suas virtudes de sustentação podem ser normalmente sobressaídos porque eles entram em conflito com as condições mesmas que tornam possível a cooperação social equitativa numa base de respeito mútuo”⁵¹⁶. Em outras palavras, os valores políticos da concepção de justiça do liberalismo político se sobressaem perante outros valores porque eles asseguram e viabilizam os valores não-políticos de todas as visões abrangentes sem favorecimento ou depreciação ao remover as questões de controvérsia severa e os impedimentos mais sérios à fruição desses mesmos valores e disso decorre seu grande peso⁵¹⁷.

Das objeções que vimos até o momento, podemos afirmar que o consenso sobreposto não é um *modus vivendi*, em razão de seu objeto moral (a concepção política de justiça)

⁵¹³ John Rawls, 1987, p. 17; *id.*, 1999c, p. 439; *id.*, 2005, p. 156-157.

⁵¹⁴ John Rawls, 1987, p. 17; *id.*, 1999c, p. 439; *id.*, 2005, p. 157.

⁵¹⁵ John Rawls, 1987, p. 17; *id.*, 1999c, p. 439; *id.*, 2005, p. 157.

⁵¹⁶ John Rawls, 1987, p. 17; *id.*, 1999c, p. 439; *id.*, 2005, p. 157. “Thus, the values that conflict with the political conception of justice and its virtues may be normally outweighed because they come into conflict with the very conditions that make fair cooperation possible on a footing of mutual respect”.

⁵¹⁷ Para Rawls, isso mostra, aliás, que as virtudes de sustentação do liberalismo político constituem o capital político de uma sociedade e que, para não se depreciar, esse capital tem de ser constantemente reafirmado e posto em ação. Cf. John Rawls, 2005, p. 157. Essa mesma colocação é encontrada em outros autores do liberalismo político. Cf. Friedrich Hayek, 2011, p. 47.

e de seu fundamento moral (sua afirmação a partir da doutrina abrangente de cada pessoa), que se conectam com sua estabilidade (a própria finalidade e dos próprios méritos da concepção política é que recebem o apoio das doutrinas abrangentes); que o consenso sobreposto não é uma forma de ser indiferente ou cético em relação às doutrinas abrangentes, uma vez que ele, ao contrário, pressupõe uma congruência entre a concepção política de justiça e nossas convicções mais refletidas; e que o consenso sobreposto resulta numa concepção política que não precisa ser abrangente para ser operável ou funcional, pois os valores políticos da concepção de justiça do liberalismo político se sobressaem perante outros valores ao assegurar e viabilizar os valores não-políticos de todas as visões abrangentes por meio da remoção das questões de controvérsia severa (direitos básicos) e dos impedimentos mais sérios à fruição desses mesmos valores (meios materiais básicos). As respostas a essas três objeções, bem como as ideias básicas vistas na seção anterior, formam um conjunto de noções imprescindíveis para a compreensão do sentido da ideia de consenso sobreposto. Essa compreensão se torna mais nítida por meio da resposta à quarta objeção.

A quarta objeção afirma que o consenso por sobreposição é um consenso utópico⁵¹⁸. Isso significa que, caso esse consenso não existisse, não haveria força política, social ou psicológica suficiente para suscitá-lo. Isso significa ainda que, caso esse consenso viesse a ser suscitado, isto é, viesse a existir, não haveria força política, social ou psicológica suficiente para estabilizá-lo⁵¹⁹. Rawls procura responder à quarta objeção por meio do delineamento do modo pelo qual o consenso sobreposto ou consenso por sobreposição pode espontaneamente acontecer e se tornar estável. Esse delineamento parece ter uma base meramente filosófica, mas, logo veremos, esse delineamento tem uma base histórica e social: ele resulta de uma interpretação da história social do liberalismo político.

O delineamento do consenso sobreposto ou por sobreposição é feito por Rawls em dois estágios. O primeiro estágio é o estágio que termina com um consenso constitucional. A questão que se coloca é a de como um consenso constitucional pode espontaneamente acontecer. Rawls responde a essa questão pedindo-nos para supor que, *em certo tempo*,

⁵¹⁸ John Rawls, 1987, p. 18; *id.* 1999c, p. 440; *id.*, 2005, p. 158.

⁵¹⁹ John Rawls, 1987, p. 18; *id.* 1999c, p. 440; *id.*, 2005, p. 158.

em razão de eventos e de contingências históricos, certos princípios liberais de justiça sejam incorporados nas instituições políticas existentes, digamos, na constituição vigente. Ele nos pede para supor, ainda, que esses princípios sejam inicialmente aceitos como um *modus vivendi*. Dado esse fato, a questão é saber como essa aquiescência inicial como um *modus vivendi* se desenvolve num consenso constitucional. Para responder a essa questão, Rawls recorre ao caso modelo. Se os princípios fossem aceitos pelas doutrinas do caso modelo, eles seriam aceitos de modo diferente por cada uma delas. Para a primeira visão, os princípios políticos seriam aceitos porque seriam derivados da doutrina. Para a segunda visão, os princípios políticos seriam aceitos não por serem derivados, mas por serem compatíveis com a doutrina. A vida cotidiana se aproxima mais frequentemente da terceira visão, na qual não há necessidade de se pensar muito sobre a validade das duas visões anteriores. Em outras palavras, certa frouxidão ou inexatidão ou imprecisão [*looseness*] em nossas visões abrangentes mostra-se significativa na resposta à questão de como um consenso constitucional pode espontaneamente acontecer⁵²⁰. Com efeito, a maior parte das pessoas não vê as doutrinas religiosas, morais e filosóficas como plenamente abrangentes e essas percepções admitem variações de grau. Nas palavras de Rawls, “isso sugere que vários, se não a maioria dos cidadãos, vêm a afirmar os princípios de justiça incorporados em sua constituição e prática política sem ver qualquer conexão particular, de um modo ou de outro, entre aqueles princípios e suas outras visões”. Os cidadãos podem primeiro perceber o bem que esses princípios fazem a eles próprios, a seus conhecidos e à sociedade e então simplesmente apoiá-los nessa base. Isso nos permite começar a compreender a afirmação de Rawls segundo a qual os princípios liberais de justiça política são, no primeiro estágio do delineamento, “aceitos simplesmente como princípios e não como fundamentados em certas ideias de sociedade e de pessoa de uma concepção política, muito menos como uma concepção compartilhada”⁵²¹. Uma vez simplesmente aceitos, em havendo alguma incompatibilidade entre eles e suas doutrinas abrangentes, eles tendem a ajustar suas doutrinas ao invés de rejeitar os princípios. Assim, alcança-se o consenso constitucional.

⁵²⁰ John Rawls, 2005, p. 159. Rawls parece ter deixado de considerar que o fato de elas não serem plenamente abrangentes também poderia ser significativo para essa explicação. Cf. John Rawls, 1987, p. 18; *id.*, 1996c, p. 441.

⁵²¹ John Rawls, 2005, p. 158. “As a constitutional consensus, these principles are accepted simply as principles and not as grounded in certain ideas of society and person of a political conception, much less in a shaped public conception”.

Não obstante a frouxidão, a inexatidão ou a imprecisão em nossas visões abrangentes explicar nossa simples aceitação dos princípios liberais incorporados por razões históricas na constituição em meio a um *modus vivendi*, caberia perguntar, observa Rawls, sobre quais bases os valores políticos relativos aos princípios liberais suscitam lealdade a esses princípios e às instituições que eles regulam. O autor concede que uma lealdade a princípios e instituições pode ser suscitada pelos interesses de longo prazo de indivíduos e de grupos, pelo costume tradicional, pelo desejo de conformidade, pela garantia do conteúdo mínimo dos direitos naturais e assim por diante, mas ele está interessado nas bases adicionais de lealdade suscitadas pelos princípios liberais em particular. Na visão de Rawls, os princípios liberais atendem a três requisitos de estabilidade quando eles efetivamente regulam instituições sociais em meio ao fato do pluralismo razoável: eles atendem ao requisito da urgência na fixação de direitos e liberdades políticos fundamentais; eles têm um conteúdo referente apenas a fatos institucionais sobre procedimentos políticos, a direitos e liberdades fundamentais, à disponibilidade de oportunidades e a meios materiais para todos os propósitos [*all-purpose means*] e isso os conecta ao uso da razão pública em sua aplicação; e eles, ao fixarem as questões urgentes na prática institucional e ao serem aplicados com base na razão pública, tendem a encorajar as virtudes cooperativas da razão pública ou, como prefiro chamar, virtudes de sustentação, que são a virtude da razoabilidade, o senso de equidade, o espírito de compromisso, a prontidão para concordar com os outros em parte e a inclinação para cooperar com os outros em termos políticos⁵²². Vale observar que a estabilidade do consenso constitucional depende bastante dos próprios princípios liberais e de seus valores políticos e dos efeitos que eles tendem a produzir⁵²³.

Vista a questão da estabilidade do consenso constitucional, podemos observar que os acontecimentos do primeiro estágio são colocados por Rawls, em suma, da seguinte

⁵²² John Rawls, 1987, p. 21; *id.*, 1999c, p. 443; *id.*, 2005, p. 163.

⁵²³ Rawls retoma uma explicação baseada na psicologia moral em outras bases. A psicologia moral em questão é filosófica e não psicológica, como diz Rawls, no sentido de que as bases da motivação moral em pessoa são descritas como um esquema de conceitos e princípios que expressam certa concepção política da pessoa e um ideal de cidadania e não como uma psicologia que se origina na ciência da natureza humana. Isso explica o *status* político da pessoa como livre e igual, como racional e razoável. No entanto, é preciso ter bastante claro que essa retomada tem um peso inexpressivo na explicação da estabilidade. O liberalismo político descrito por Rawls se caracteriza pela ênfase dada ao papel da *razão pública* nessa explicação. Cf. John Rawls, 2005, p. 81-88, p. 163 e p. 212-254.

forma: “no primeiro estágio do consenso constitucional, os princípios liberais de justiça, inicialmente aceitos relutantemente como um *modus vivendi* e adotados numa constituição, tendem a mudar as doutrinas abrangentes dos cidadãos de forma que eles pelo menos aceitam os princípios de uma constituição liberal”⁵²⁴. Completa-se, assim, a resposta à questão sobre como um consenso constitucional pode espontaneamente acontecer.

Como foi dito anteriormente, o delineamento do consenso sobreposto ou por sobreposição é feito por Rawls em dois estágios: o primeiro estágio termina com um consenso constitucional; o segundo estágio termina com um consenso sobreposto. A questão agora é definir os passos que tornam um consenso constitucional num consenso sobreposto ou por sobreposição, embora um consenso sobreposto pleno nunca seja alcançado, mas, no máximo, aproximado⁵²⁵. Para Rawls, as forças que empurram um consenso constitucional em direção a um consenso sobreposto se relacionam a três dimensões da classe de concepções liberais que se tem em foco. Desse modo, as forças que levam um consenso constitucional a um consenso sobreposto atuam na profundidade [*the depth*]; na largura [*the breadth*]; e na extensão [*the width*] da classe de concepções liberais⁵²⁶. Na medida em que se tenha uma concepção política liberal de justiça mais ou menos profunda, mais ou menos larga, mais ou menos extensa, dir-se-á que ela está apoiada por um consenso sobreposto mais ou menos profundo, mais ou menos largo, mais ou menos extenso. É nesse sentido que Rawls fala da profundidade, da largura e da extensão do consenso por sobreposição.

A dimensão da profundidade do consenso sobreposto requer que os princípios e as ideias fundamentais do consenso possam ser encontrados não em qualquer concepção política de justiça, mas numa concepção política de justiça que faça uso de ideias fundamentais de pessoa, de cidadão e de sociedade⁵²⁷. Um consenso constitucional não possui a dimensão de profundidade do consenso sobreposto⁵²⁸. Como o consenso

⁵²⁴ John Rawls, 2005, p. 163. “To conclude: at the first stage of constitutional consensus the liberal principles of justice, initially accepted reluctantly as a *modus vivendi* and adopted into a constitution, tend to shift citizens’ comprehensive doctrines so that they at least accept the principles of a liberal constitution”.

⁵²⁵ John Rawls, 2005, p. 164-165.

⁵²⁶ John Rawls, 2005, p. 164-168.

⁵²⁷ John Rawls, 2005, p. 164.

⁵²⁸ John Rawls, 2005, p. 165.

constitucional se limita aos princípios adotados na constituição, isto é, como ele é visto como separado de uma concepção de pessoa, de cidadão e de sociedade ou como ele não chega à discussão pública dessas ideias fundamentais, cada grupo acaba tendo suas próprias razões em relação à constituição. O consenso constitucional acaba sendo um consenso em torno da literalidade da constituição, de forma que “ele carece dos recursos conceituais para guiar como a constituição deveria ser emendada e interpretada”⁵²⁹. Havendo um consenso constitucional em campo, considera Rawls, os grupos políticos precisam discutir no fórum público com outros grupos políticos que não compartilham de sua doutrina abrangente⁵³⁰. Para formar racionalmente uma maioria em meio ao fato do pluralismo razoável, eles precisarão explicar suas propostas políticas em termos distintos dos adotados em sua visão abrangente. Eles precisarão também estar dispostos a concordar em parte com os termos igualmente distintos apresentados pelos grupos pertencentes a outras doutrinas abrangentes. Na medida em que isso acontece, os grupos políticos serão levados a formular concepções políticas de justiça que forneçam não só uma base comum de discussão, mas uma base comum de discussão dotada de concepções mais profundas de cidadania e de sociedade capazes de explicar em termos públicos, distintos dos termos das doutrinas abrangentes, as implicações dos princípios e das políticas endossados por cada grupo político e suas respectivas doutrinas abrangentes. Um exemplo histórico dado por Rawls é o do debate das emendas constitucionais da Reconstrução, isto é, das emendas à Constituição dos Estados Unidos decorrentes da Guerra de Secessão⁵³¹. Os grupos políticos concorrentes foram forçados pelos eventos e circunstâncias históricos a elaborar concepções políticas dotadas de ideias fundamentais de pessoa, de cidadão e de sociedade. Essas ideias fundamentais orientaram não só as emendas à constituição, mas também a interpretação da constituição. Isso significa que, na descrição do liberalismo político realizada por Rawls, a dimensão de profundidade do consenso sobreposto não diz respeito apenas aos grupos políticos. Ela diz respeito também às autoridades que realizam o controle judicial de constitucionalidade das leis e atos administrativos [*judicial review*] ou qualquer outro tipo de controle de constitucionalidade. Os juízes ou outras autoridades responsáveis por um controle de constitucionalidade também precisam desenvolver uma

⁵²⁹ John Rawls, 2005, p. 165. “It lacks the conceptual resources to guide how the constitution should be amended and interpreted”.

⁵³⁰ John Rawls, 2005, p. 165.

⁵³¹ John Rawls, 2005, p. 165.

concepção política de justiça em termos públicos à luz da qual a constituição possa ser debatida, interpretada e tornada efetiva⁵³².

A dimensão de largura do consenso sobreposto requer mais do que uma constituição com princípios políticos que instituem procedimentos democráticos: ela requer a inclusão de princípios substantivos que cubram toda a estrutura básica da sociedade, como a liberdade de consciência e a liberdade de pensamento em geral e não apenas a liberdade de discurso político e a liberdade de pensamento político; a liberdade de associação e a liberdade de movimento; a igualdade equitativa de oportunidade; e os princípios que cobrem certas necessidades essenciais, isto é, a garantia de atendimento às necessidades básicas de todos os cidadãos, de forma que eles possam tomar parte na vida política e na vida social⁵³³. Isso significa, diz Rawls, que os procedimentos e os direitos e liberdades incluídos no consenso constitucional cobrem apenas uma parte limitada das questões fundamentais incluídas no consenso sobreposto. Rawls nota que a passagem do consenso constitucional ao consenso sobreposto requer, na dimensão da largura, a atuação de forças inclusivas, isto é, de forças que emendem a constituição ou mesmo que criem uma legislação com efeito semelhante ao da emenda constitucional, no sentido de cobrir mais essenciais constitucionais e isso pressupõe que os grupos políticos desenvolvam concepções políticas de alcance amplo para explicar mutuamente seus pontos de vista de forma consistente e coerente⁵³⁴. Levando em conta as considerações feitas por Rawls quanto à profundidade do consenso sobreposto, as autoridades do controle de constitucionalidade também devem participar desse processo.

É interessante notar que o direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos é um dos direitos substantivos inerentes à dimensão de largura do consenso sobreposto. Como direito inerente ao consenso por sobreposição, o direito a um mínimo social é entendido como um essencial constitucional, isto é, como um elemento inerente à constituição do liberalismo político. Isso significa que a ideia do mínimo social como um essencial constitucional *não é* a de pressupor uma distinção entre satisfação de necessidades e satisfação de meros desejos e vontades para satisfazer

⁵³² John Rawls, 2005, p. 165-166.

⁵³³ John Rawls, 2005, p. 164 e p. 166.

⁵³⁴ John Rawls, 2005, p. 164 e p. 166.

as necessidades em detrimento dos desejos e vontades. Isso significa também que a ideia do mínimo social como um essencial constitucional *não é* a de realizar uma redistribuição de renda e riqueza com a finalidade de promover uma igualdade maior entre as posições sociais e econômicas. A ideia de mínimo social como essencial constitucional está longe desses objetivos. Ao contrário, a ideia de um mínimo social como um essencial constitucional do liberalismo político é a de que, “abaixo de certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não têm como tomar parte na sociedade como cidadãos, muito menos como cidadãos iguais”⁵³⁵. Rawls observa que não cabe à concepção política de justiça dizer abaixo de qual nível de bem-estar e de educação a pessoa deixa de ter condições de tomar parte na sociedade como cidadão ou como cidadão igual, mas ele observa também que isso não significa o mínimo social possa ser visto como no discurso e na prática constitucionais como mera retórica, como um essencial constitucional não perfeitamente claro, pois ele é requerido para conferir a importância devida à ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação discutida pelo consenso sobreposto⁵³⁶. Desse modo, nós conseguimos observar que o atendimento às necessidades básicas de todos os cidadãos (o direito ao mínimo social) é um princípio substantivo que, como os demais princípios substantivos da dimensão de largura do consenso sobreposto, está relacionado com a concepção de pessoa, de sociedade e de cidadania encontradas na cultura pública de um regime democrático e que são inerentes à dimensão profundidade do consenso sobreposto.

A dimensão da extensão do consenso sobreposto requer, por sua vez, avaliar o quão amplo ou o quão específico é o próprio consenso sobreposto, isto é, avaliar o quão amplo ou quão específico é o acervo das concepções liberais que é objeto do próprio consenso sobreposto, isto é, ainda, avaliar o foco do consenso sobreposto. Duas coisas devem ser consideradas a respeito da extensão ou do foco do consenso sobreposto. Primeiro, em sua exposição, Rawls costuma assumir que o consenso sobreposto se forma em relação a apenas uma específica concepção política de justiça e costuma ilustrar esse caso com a justiça como equidade. No entanto, como Rawls mesmo admite,

⁵³⁵ John Rawls, 2005, p. 166. “The constitutional essential here is rather that below a certain level of material and social well-being, and of training and education, people simply cannot take part in society as citizens, much less as equal citizens”.

⁵³⁶ John Rawls, 2005, p. 166.

o caso mais realista é o de o consenso por sobreposição ser formado em torno ou ter como foco uma classe de concepções liberais de justiça que variam numa amplitude mais ou menos estreita⁵³⁷. Isso acontece porque várias são as concepções políticas de justiça que podem ser elaboradas a partir das ideias fundamentais de pessoa e de sociedade encontradas modernamente na cultura pública de um regime democrático⁵³⁸. Vale observar que essa é apenas uma das considerações que mostram a distinção em Rawls entre o liberalismo político propriamente dito e a justiça como equidade como uma das interpretações do liberalismo político. Prosseguindo com o raciocínio, a primeira coisa a considerar é que quanto mais restrito o conjunto de concepções políticas, mais específico é o consenso sobreposto⁵³⁹. A segunda coisa a considerar é que a extensão do conjunto de concepções liberais, se mais amplo ou se mais restrito, é determinado pelo grau de oposição entre interesses sociais e econômicos, de forma que, para Rawls, a diferença entre as concepções políticas de justiça do liberalismo político é, em parte, expressa por essa diferença de interesses. Rawls observa a implicação disso para o consenso sobreposto: quanto mais compatíveis os interesses sociais e econômicos e quanto menores as diferenças entre as concepções políticas de justiça baseadas em ideias políticas fundamentais de uma cultura pública democrática, menor será o conjunto das concepções liberais, mais estreito será o foco do consenso⁵⁴⁰. De acordo com Rawls, isso significa que, para a justiça como equidade ou qualquer outra concepção política liberal de justiça ser a concepção central ou o foco do consenso sobreposto, duas condições têm de ser atendidas: a concepção deve estar corretamente baseada em ideias fundamentais mais centrais (de pessoa, de cidadania, de sociedade, etc.) e a concepção deve ser estável em relação aos diversos interesses que a apoiam e são encorajados por ela⁵⁴¹. Desse modo, se uma concepção apoiada em ideias fundamentais mais centrais for apoiada por interesses sociais e econômicos em conflito e não conseguir estruturar um regime constitucional que supere esse conflito, não há como alcançar um consenso sobreposto⁵⁴².

⁵³⁷ John Rawls, 2005, p. 164.

⁵³⁸ John Rawls, 2005, p. 167.

⁵³⁹ John Rawls, 2005, p. 164.

⁵⁴⁰ John Rawls, 2005, p. 167.

⁵⁴¹ John Rawls, 2005, p. 167-168.

⁵⁴² John Rawls, 2005, p. 168.

Retomando, para Rawls, há uma concordância inicial com uma concepção de justiça do liberalismo político como um *modus vivendi*, explicado por eventos e circunstâncias históricos. Como a maioria das pessoas adota uma doutrina apenas parcialmente abrangente, há condições para que se desenvolva uma lealdade independente à concepção política, que ajuda a suscitar o consenso. Desse modo, a concordância inicial com um *modus vivendi* se transforma ao longo do tempo primeiro num consenso constitucional e depois num consenso sobreposto, por meio das forças dos cidadãos, dos grupos políticos e das autoridades do controle de constitucionalidade que atuam nas dimensões de profundidade, largura e extensão desse consenso. Rawls supõe que a descrição da passagem do estágio do consenso constitucional ao estágio do consenso sobreposto responde à quarta objeção.

Por meio da descrição do caso modelo e da consideração das objeções, Rawls procura veicular a ideia de consenso por sobreposição. O consenso sobreposto é um consenso em meio ao fato do pluralismo razoável a respeito de uma ou mais de uma concepção política de justiça, que tem a característica de ser fundamentado na doutrina abrangente de cada pessoa e de ser fortemente estável em razão de o foco do consenso receber o apoio dessas doutrinas abrangentes por seus próprios méritos ou finalidades como concepção política. Desse modo, o consenso por sobreposição fundamenta o liberalismo político: ele permite compreender como uma concepção política de justiça do liberalismo político pode ser elaborada e se manter estável ao longo do tempo.

É possível pensar que a estabilidade de uma concepção política deveria ser testada empiricamente. Com base na distinção entre aceitação real e aceitação hipotética de uma concepção política de justiça, Jürgen Habermas sustenta que Rawls precisa testar em discursos públicos a suposição de neutralidade da concepção política de justiça em relação às diferentes teorias abrangentes e razoáveis⁵⁴³. No entanto, Habermas nota que Rawls hesitaria em fazer esse teste empírico da suposição de neutralidade. Isso porque Rawls teria restrições quanto à associação desse teste ao entendimento de que o domínio do político é um domínio desvinculado do problema do verdadeiro. Considerando isso, Habermas questiona se o consenso por sobreposição poderia realmente ser considerado

⁵⁴³ Jürgen Habermas, 1997a, p. 82; *id.*, 2002a, p. 77.

uma justificação do liberalismo político⁵⁴⁴. Para responder à colocação de Habermas, Rawls procura mostrar em que sentido o consenso por sobreposição se apresenta como uma fundamentação ou justificação do liberalismo político. Com essa finalidade, Rawls faz distinção entre três tipos de justificação e dois tipos de consenso⁵⁴⁵. Com base nessas distinções Rawls pretende relacionar um dos tipos de consenso a um dos tipos de justificação. Desse modo, Rawls pretende verificar se um tipo de consenso, o consenso por sobreposição, pode ser uma justificação, apesar de não haver verificação experimental.

Com efeito, Rawls faz distinção entre três tipos de justificação: a justificação *pro tanto*; a justificação plena e a justificação pública. A justificação *pro tanto* [*pro tanto justification*] é a justificação da concepção política que toma por base apenas valores políticos. Considerando que uma concepção política seja completa, a justificação *pro tanto* torna-se possível, uma vez que os valores políticos sozinhos tornam-se capazes de fornecer uma resposta razoável para todas ou para quase todas as questões concernentes aos essenciais constitucionais e à justiça básica⁵⁴⁶. Já a justificação plena [*full justification*] é a justificação fornecida à concepção política por um cidadão individual como membro da sociedade. Partindo do pressuposto de que cada cidadão afirme tanto uma doutrina abrangente quanto uma concepção política de justiça, a justificação plena é aquela em que o cidadão incorpora ou encaixa a concepção de justiça em sua doutrina abrangente, considerando-a, então, como razoável ou como verdadeira, a depender do que sua doutrina abrangente permita⁵⁴⁷. Na justificação plena, cabe a cada cidadão, individualmente ou de forma associada, dizer como as reivindicações ou pretensões de justiça política devem ser ordenadas ou sopesadas em face dos valores não-políticos. Desse modo, observa Rawls, embora a concepção política seja autossustentada, nada impede que ela seja incorporada ou encaixada de diferentes maneiras nas doutrinas abrangentes afirmadas pelos cidadãos⁵⁴⁸. Desse modo, à justificação plena, importa que nós endosseemos plenamente a concepção política com nossa doutrina abrangente, vendo-a como plenamente justificada, de forma que o fato de outras pessoas eventualmente não a aceitarem em suas doutrinas abrangentes não retira da concepção

⁵⁴⁴ Jürgen Habermas, 1997a, p. 82; *id.*, 2002a, p. 77.

⁵⁴⁵ John Rawls, 1995, p. 142-149; *id.*, 2005, p. 385-394.

⁵⁴⁶ John Rawls, 1995, p. 142-143; *id.*, 2005, p. 386.

⁵⁴⁷ John Rawls, 1995, p. 143; *id.*, 2005, p. 386.

⁵⁴⁸ John Rawls, 1995, p. 143; *id.*, 2005, p. 386-387.

política a justificação plena que nós lhe conferimos. A justificação pública [*public justification*], enfim, é a justificação fornecida à concepção política pela sociedade política⁵⁴⁹. Assim, a justificação pública é aquela em que todos os cidadãos razoáveis da sociedade política incorporam ou encaixam a concepção política de justiça em cada uma das suas e das várias outras doutrinas abrangentes e razoáveis existentes na sociedade política. Ao invés de se darem por satisfeitos com a compatibilidade entre a concepção política e sua doutrina abrangente e razoável, como acontece na justificação plena, os cidadãos, na justificação pública, só se dão por satisfeitos quanto à concepção política se houver compatibilidade entre ela e todas as doutrinas abrangentes e razoáveis existentes na sociedade, inclusive com sua própria doutrina abrangente e razoável. Esse mútuo relato de compatibilidade com a concepção política forma o aspecto moral da cultura pública de uma sociedade política. Rawls observa, no entanto, que o conteúdo dessas doutrinas não desempenha papel normativo algum na justificação pública, no sentido de que os cidadãos não olham para o conteúdo das doutrinas abrangentes dos outros cidadãos, mas apenas para a existência do próprio consenso sobreposto razoável⁵⁵⁰.

Rawls também faz distinção entre dois tipos de consenso: o consenso da política cotidiana e o consenso sobreposto razoável⁵⁵¹. O consenso da política cotidiana é o consenso em que o político deve montar uma coalizão ou realizar um acordo com todos ou com a maioria necessária para garantir a aprovação de suas propostas considerando os vários interesses e reivindicações existentes. Nesse caso, os interesses dispersos formam uma sobreposição que já se fazia presente de modo latente que podia ser articulado pela habilidade do político em juntar esses interesses conhecidos pelo político⁵⁵². Já o consenso sobreposto razoável [*reasonable overlapping consensus*] é realizado em duas etapas. A primeira etapa consiste na elaboração da concepção política de justiça como uma visão autossustentável que pode ser justificada *pro tanto*, sem considerar as doutrinas abrangentes existentes. Em outras palavras, a concepção política de justiça é justificada com base em seus próprios valores, isto é, com base em valores políticos. Isso significa que não existe procura por adequação aos

⁵⁴⁹ John Rawls, 1995, p. 143; *id.*, 2005, p. 387.

⁵⁵⁰ John Rawls, 1995, p. 143; *id.*, 2005, p. 387.

⁵⁵¹ John Rawls, 1995, p. 145-150; *id.*, 2005, p. 389-395.

⁵⁵² John Rawls, 1995, p. 145-146; *id.*, 2005, p. 389-390.

interesses nem às doutrinas abrangentes. Procedendo dessa forma, o consenso sobreposto razoável não põe obstáculos ao apoio das doutrinas abrangentes razoáveis e, assim, espera que elas a apoiem em função da razoabilidade que se apresenta como elemento comum⁵⁵³.

Vale observar que, para haver justificação pública numa sociedade moderna marcada pelo fato do pluralismo razoável, é preciso angariar a *estabilidade pelas razões certas*. De fato, as doutrinas abrangentes razoáveis desempenham um papel básico na justificação pública ao torná-la possível. Essas doutrinas permanecem de geração em geração ao longo da história, independentemente do estilo de vida de seus defensores presentes e estão enraizadas em importantes associações. Rawls observa que a convergência tolerante de doutrinas abrangentes é crucial para a sociologia de um regime democrático que pretende garantir profundidade e permanência para a *unidade social*⁵⁵⁴. Numa sociedade moderna marcada pelo fato do pluralismo razoável, a justificação pública promove laços consistentes de unidade social, mas esses laços requerem tempo para se firmarem. Quando os cidadãos querem saber se é possível haver um consenso por sobreposição, eles querem saber se é possível propor uma concepção política razoável perante os demais cidadãos sem que suas convicções filosóficas, morais ou religiosas mais profundas e sinceras sejam criticadas⁵⁵⁵. Em outras palavras, eles querem saber se é possível haver um consenso pelas razões certas. As razões certas ou adequadas são as razões políticas encontradas pelos cidadãos para afirmarem em conjunto sua concepção política comum, que pode ser a justiça como equidade ou qualquer outra concepção política de justiça do liberalismo político. Assim, considera Rawls, se os cidadãos conseguirem encontrar as razões adequadas ou certas para apoiar a concepção política de justiça em questão, então as condições de legitimidade para o exercício coercitivo do poder político estarão satisfeitas⁵⁵⁶.

Levando em conta os três tipos de justificação e os dois tipos de consenso, Rawls sustenta que é por meio de um consenso sobreposto razoável, inicialmente realizado por meio da justificação *pro tanto*, que a sociedade moderna marcada pelo fato do

⁵⁵³ John Rawls, 1995, p. 145; *id.*, 2005, p. 389.

⁵⁵⁴ John Rawls, 1995, p. 145; *id.*, 2005, p. 389.

⁵⁵⁵ John Rawls, 1995, p. 146; *id.*, 2005, p. 390.

⁵⁵⁶ John Rawls, 1995, p. 146; *id.*, 2005, p. 390.

pluralismo razoável pode alcançar posteriormente a justificação pública, disso se seguindo a estabilidade pelas razões certas. Rawls observa que a situação inversa é a de uma sociedade em que os cidadãos estão agrupados por suas justificações plenas. Nessa situação, as concepções políticas dos cidadãos não estão incorporadas ou conectadas com uma concepção política compartilhada. Nesse caso, diz Rawls, “há apenas um *modus vivendi* e a estabilidade da sociedade depende de um equilíbrio de forças em circunstâncias contingentes e possivelmente flutuantes”⁵⁵⁷. Assim, para Rawls, a justificação pública é possível ao longo do tempo em função das ideias de estabilidade pelas razões certas e de legitimidade⁵⁵⁸. A justificação pública garante as bases de uma unidade social duradoura e profunda de uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo razoável. Para Rawls, então, a resposta à pergunta de Habermas: “[...] é dada pela terceira ideia de justificação – aquela de justificação pública – e por como ela se conecta com as três ideias seguintes de um consenso por sobreposição razoável, de estabilidade pelas razões certas e de legitimidade”⁵⁵⁹.

Diante da resposta de Rawls, Habermas entende que a ideia do consenso por sobreposição de Rawls considera os cidadãos como se eles não interpretassem a realidade em meio a suas imagens de mundo, em meio suas doutrinas abrangentes, e como se nada aproximasse o “você” do “eu” na discussão da concepção política⁵⁶⁰. Habermas questiona, então, a ideia de razoabilidade, isto é, o que se deve esperar de uma imagem de mundo razoável⁵⁶¹. Habermas observa que em dilemas como o do aborto, alguns grupos religiosos, como o grupo católico, afirmariam sua convicção religiosa como mais importante do que os valores políticos. Embora a solução desse dilema pudesse ser transferida para o poder judiciário, em que a linguagem jurídica prevaleceria e assim a razão pública se pronunciaria, pouco poderia ser feito *durante* a formação de um consenso sobreposto. Para Habermas, a suposição de que as imagens de mundo, as doutrinas abrangentes, sejam razoáveis promoveria, na descrição do

⁵⁵⁷ John Rawls, 1995, p. 147; *id.*, 2005, p. 392. “In this case there is only a *modus vivendi*, and society’s stability depends on balance of forces in contingent and possibly fluctuating circumstances”.

⁵⁵⁸ John Rawls, 1995, p. 146; *id.*, 2005, p. 390. A ideia de legitimidade é vista adiante, na seção que trata da razão pública.

⁵⁵⁹ John Rawls, 1995, p. [...]; *id.*, 2005, p. 394. “The answer to this question is given by the third idea of justification – that of public reason – and by how it connects with the three further ideas of a reasonable overlapping consensus, stability for the right reasons, and legitimacy”.

⁵⁶⁰ Jürgen Habermas, 1997b, 114-115; *id.*, 2002b, p. 107-108.

⁵⁶¹ Jürgen Habermas, 1997b, 116; *id.*, 2002b, p. 109.

liberalismo político realizada por Rawls, uma tensão entre a *razoabilidade* inerente à concepção política e a *verdade* inerente à imagem de mundo, à doutrina abrangente do cidadão. Essa é a principal razão pela qual o consenso sobreposto resta desacreditado por Habermas.

As observações de Habermas levam Rawls a revisitar uma ideia relacionada à de consenso sobreposto⁵⁶². Rawls mantém a ideia de consenso sobreposto em termos semelhantes aos encontrados em *Political Liberalism* e em *Reply to Habermas*. Rawls estabelece, contudo, uma vinculação mais direta entre a ideia de consenso por sobreposição e o critério de reciprocidade. Há um consenso por sobreposição quando as doutrinas abrangentes sustentam uma concepção política e ela, por sua vez, fundamenta uma democracia constitucional, cujos princípios satisfazem o critério de reciprocidade⁵⁶³. O critério de reciprocidade exige, de acordo com Rawls, que os proponentes dos termos de uma cooperação justa pensem que todos os demais cidadãos livres e iguais aceitam esses termos propostos como cidadãos livres e iguais que eles são e não como cidadãos dominados, nem como cidadãos manipulados, nem como cidadãos que vivem sob a pressão de uma situação social ou de uma situação política inferior. Diante disso, o consenso por sobreposição significa que as doutrinas abrangentes razoáveis apoiam uma concepção política condizente com o critério de reciprocidade⁵⁶⁴. O que compreendo do diálogo entre Habermas e Rawls a esse respeito é que, para Rawls, não obstante haja uma tensão entre a razoabilidade da concepção política e da verdade da doutrina abrangente e haja uma crença no valor não-político, há, *durante a discussão de questões controvertidas*, um consenso sobre a importância da estabilidade, sobre a importância de que os valores políticos da concepção política de justiça devem prevalecer.

Essas considerações nos ajudam a compreender o sentido do consenso sobreposto como fundamento do liberalismo político, mas uma observação adicional deve ser feita. A construção analítica realizada por Rawls tem como base a origem histórica do liberalismo político. Rawls situa a origem histórica do liberalismo político na Reforma e em seu difícil período subsequente [*the Reformation and its aftermath*], nos séculos

⁵⁶² John Rawls, 1999c.

⁵⁶³ John Rawls, 1999c, p. 172-173; *id.*, 1999b, p. 608-609.

⁵⁶⁴ John Rawls, 1999c, p. 172-173; *id.*, 1999b, p. 608-609.

XVI e XVII, em meio às controvérsias sobre a liberdade religiosa, que iniciam o entendimento moderno sobre a liberdade de consciência e a liberdade de pensamento⁵⁶⁵. A origem histórica do liberalismo político é interpretada por Rawls em termos próximos aos de David Hume, de Friedrich Hegel e de Judith Shklar. Com Shklar, Rawls nota que o liberalismo nascente é o liberalismo do medo, representado por Michel de Montaigne e por Montesquieu, que é o liberalismo nascido das crueldades das guerras religiosas. Com Hegel, Rawls nota que não foram as intenções de Lutero e de Calvino nem da Igreja Romana, mas sim o pluralismo que tornou a liberdade religiosa possível⁵⁶⁶. Outras controvérsias também são de importância crucial na interpretação de Rawls, como aquelas que limitam os poderes dos monarcas absolutos por meio da proteção constitucional dos direitos e liberdades fundamentais. Não obstante o significado de outras controvérsias, o fato da divisão religiosa permanece até o tempo presente⁵⁶⁷.

Com Hume, Rawls nota que o sucesso do liberalismo político em termos históricos está na descoberta de uma nova possibilidade social desconhecida até o período compreendido entre os séculos XVI e XVII. Até então o pluralismo de doutrinas abrangentes em condições de igualdade numa mesma ordem política era tido como um desastre em potencial. Rawls observa que “antes da pacífica e bem sucedida prática da tolerância nas sociedades com instituições liberais, não havia forma de conhecer essa possibilidade”⁵⁶⁸. Naquela época, era mais natural acreditar que a concordância e a unidade social requeriam um acordo sobre a doutrina abrangente adotada socialmente, como a prática de longos séculos de intolerância parecia confirmar. A intolerância era vista como condição da ordem social e da estabilidade, de forma que a transição para as instituições liberais relaciona-se ao enfraquecimento dessa crença e ao coetâneo surgimento da doutrina da fé livre. Rawls pondera que “talvez a doutrina da fé livre tenha se desenvolvido porque é difícil, se não impossível, acreditar na danação daqueles com quem nós temos, com confiança e convicção, longa e frutiferamente cooperado na manutenção de uma sociedade justa”⁵⁶⁹. Tendo em vistas as colocações de Rawls,

⁵⁶⁵ John Rawls, 2005, p. xxvi.

⁵⁶⁶ John Rawls, 2005, p. xxiii-xxiv.

⁵⁶⁷ John Rawls, 2005, p. xxvi.

⁵⁶⁸ John Rawls, 2005, p. xxv. “Before the successful and peaceful practice of toleration in societies with liberal institutions there was no way of knowing that possibility”.

⁵⁶⁹ John Rawls, 2005, p. xxv. “Perhaps the doctrine of free faith developed because it is difficult, if not impossible, to believe in the damnation of those with whom we have, with trust and confidence, long and fruitfully cooperated in maintaining a just society”.

talvez se possa situar o nascimento institucional do liberalismo, considerando a história do liberalismo tal como ela se passa na Europa continental, de forma ordinária e tentativa na Paz de Augsburg, e de forma originária e consolidada na Paz de Vestefália⁵⁷⁰.

Em suma, a observação adicional em questão é a de que, levando em conta não apenas o caso modelo e as respostas às objeções ao consenso sobreposto em geral, mas também a descrição das fases do *modus vivendi*, do consenso constitucional e do consenso sobreposto, inicialmente como justificação *pro tanto* e finalmente como justificação pública, e levando em conta as origens históricas do liberalismo político em meio à inserção do princípio da tolerância, as condições de estabilidade pensadas por Rawls são menos uma elaboração metafísica e mais uma elaboração analítica associada à experiência histórica. A concessão à liberdade religiosa realizada na Paz de Augsburg certamente foi recebida inicialmente como um *modus vivendi*, requerendo um longo processo histórico até ser interpretada como um aspecto da liberdade de consciência e de liberdade de pensamento afirmadas, não sem dificuldades, numa constituição estavelmente consolidada por meio de uma forte aproximação do consenso sobreposto publicamente justificado. Esse processo de afirmação em suas dimensões de profundidade, de largura e de extensão focal está na base não só dessas, mas das demais liberdades, como a liberdade de associação, a liberdade de movimento, o direito à propriedade pessoal e à proteção do estado de direito, bem como ao atendimento das necessidades básicas de todos os cidadãos por meio do direito a um mínimo social. Disso tudo, nós podemos compreender que o liberalismo político descrito por Rawls procura descrever as condições de estabilidade para qualquer concepção política liberal de justiça em bases mais realistas, não só considerando o fato do pluralismo razoável em teoria, mas também considerando as condições históricas de consolidação das

⁵⁷⁰ Elas superam as práticas institucionais de intolerância da Igreja e da Reforma. Com efeito, as ordens jurídicas de Augsburg e de Vestefália contrapõem-se às práticas institucionais anteriores ao constitucionalismo liberal. A Paz de Augsburg (1555) reconheceu a convivência de duas doutrinas abrangentes religiosas, o catolicismo e o luteranismo, sob a mesma ordem jurídica e em condições paritárias em Augsburg. Paz de Vestefália (1648) retomou os propósitos da Paz de Augsburg e estendeu esse reconhecimento a outras doutrinas abrangentes religiosas dentro de uma mesma comunidade política, conferindo o *status* de cidade imperial paritária [*paritätische Reichsstadt*] a algumas cidades do Sacro Império Romano-Germânico, assegurando a liberdade religiosa nos limites de seus respectivos territórios. Cf. Edward McNall Burns, 2000, p. 397-401; Gerhard Robbers, 2010, p. 40; Paul Warmbrunn, 1983; Cathal J. Nolan, 2006, p. 45-46; W. Cole Durham Jr., Matthew K. Richards, Thayer Donlu, 2013, p. 31.

instituições liberais em meio à experiência do fato do pluralismo razoável⁵⁷¹. Assim, tendo em vista o propósito desta tese, o direito a um mínimo social que satisfaça às necessidades básicas de todos os cidadãos, como condição de exercício das liberdades fundamentais, é um componente do consenso por sobreposição e, nesse sentido, é condição de estabilidade de uma concepção política de justiça do liberalismo político pelas razões certas. Uma vez vista a ideia de consenso por sobreposição, passemos à ideia de razão pública.

3.2.2 A ideia de razão pública

Como disse anteriormente, duas das principais ideias relacionadas à elaboração e à estabilidade de uma concepção política de justiça do liberalismo político são a ideia de um consenso por sobreposição e a ideia de razão pública. A ideia de consenso por sobreposição procura explicar como uma concepção política de justiça no liberalismo político pode ser estável. A ideia de razão pública procura explicar, por sua vez, o modo de realização, a prática da estabilidade de uma concepção política de justiça. Em outras palavras, na descrição do liberalismo político realizada por Rawls, a estabilidade de uma concepção política numa sociedade marcada pelo fato do pluralismo razoável é possível devido à prática ou à observância da razão pública nas relações sociais mantidas entre os cidadãos.

A razão pública é definida preliminarmente por Rawls como o debate dos cidadãos no espaço público sobre os fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça distributiva⁵⁷². De modo mais específico, ela é a maneira como uma sociedade política, isto é, como todo agente razoável e racional dessa sociedade, formula seus planos, coloca suas finalidades numa ordem de prioridade e toma suas decisões seguindo essas etapas⁵⁷³. Os cidadãos exercem a razão pública na condição de pessoas livres e iguais e elas agem como corpo coletivo. Isso significa que elas exercem um poder político final

⁵⁷¹ Essa é uma dimensão empírica que pode responder ao teste requerido por Habermas. Cf. Habermas, 1997a, p. 82; *id.*, 2002a, p. 77.

⁵⁷² John Rawls, 2005, p. 10.

⁵⁷³ John Rawls, 2005, p. 212.

e coercitivo de forma recíproca por meio da constituição e das leis⁵⁷⁴. A principal característica da razão pública é que ela se orienta por uma concepção política de justiça e não por doutrinas abrangentes. Esse debate dos cidadãos no espaço público orientado por uma concepção política de justiça com vistas a formular os planos da sociedade política numa ordem de prioridades tem um objeto especial ou limitado. Vale observar que a razão pública não se aplica a uma questão política qualquer. A razão pública aplica-se somente aos elementos constitucionais essenciais e às questões básicas de justiça distributiva. Isso porque, para o liberalismo político, essas questões fundamentais só devem ser decididas por meio de valores políticos⁵⁷⁵. Dito de outra forma, os cidadãos não devem expressar o que eles consideram ser a verdade como um todo no espaço público na discussão das questões fundamentais, mas eles devem expressar seu senso de razoabilidade em relação a uma concepção pública de justiça. Para o liberalismo político, os cidadãos democráticos deveriam honrar os limites da razão pública em função do princípio de legitimidade.

O princípio de legitimidade é o princípio que explica por que os cidadãos democráticos devem honrar os limites da razão pública. Os cidadãos democráticos honram esse dever quando eles cumprem seu dever de civilidade. Antes de definir o princípio de legitimidade, é preciso observar que a relação política entre cidadãos democráticos, para Rawls, é uma relação entre pessoas numa sociedade a que elas normalmente pertencem por toda a vida na condição de agentes livres e iguais vistos como corpo coletivo e que, como corpo coletivo, eles exercem o poder político final e coercitivo que pertence ao público. O exercício desse poder acontece apropriadamente por meio do voto e somente na medida em que é exercido de acordo com uma constituição, mas não de acordo com qualquer constituição. O exercício do poder político coercitivo é apropriado quando é exercido de acordo com uma constituição legítima. Feita essa observação, é possível apresentar o princípio liberal de legitimidade definido por Rawls. O princípio liberal de legitimidade afirma que o poder político coercitivo é apropriadamente exercido quando os elementos essenciais da constituição são endossados por todos os cidadãos com base em ideais aceitáveis para cada um deles como racionais e razoáveis. Para o liberalismo político, o exercício do poder político coercitivo não só tem de ser legítimo, mas ele

⁵⁷⁴ John Rawls, 2005, p. 214.

⁵⁷⁵ John Rawls, 2005, p. 213-215.

também impõe o dever de civilidade. De acordo com Rawls, o dever de civilidade é o dever não-jurídico de ser capaz de explicar aos outros e de ouvir dos outros de que maneira questões fundamentais sobre princípios e políticas podem ser sustentados pelos valores políticos da razão pública, tendo em mente equidade suficiente para decidir quando, de modo razoável, os ajustes deveriam ser feitos⁵⁷⁶.

Para compreender melhor a razão pública, Rawls compara a razão pública e as razões não-públicas. Com efeito, elas possuem elementos comuns, mas diferem entre si em alguns pontos. Por um lado, ambas são formas de raciocínio⁵⁷⁷ e não formas de retórica ou de persuasão. Ambas incluem os princípios da razão, as regras de inferência e dedução, critérios de justificação e assim por diante. Por outro lado, elas diferem entre si em função de serem produzidas por indivíduos ou corpos coletivos em meio a condições e a restrições diferentes. As razões não-públicas são produzidas por meio de processos que procuram alcançar diferentes objetivos, cujos efeitos estão constringidos à natureza da entidade individual ou coletiva que os estabeleceu. Uma sociedade científica, uma igreja, um clube ou qualquer outra associação, por exemplo, usam diferentes razões não-públicas. Suas doutrinas abrangentes produzem efeitos apenas sobre seus membros, que reconhecem a autoridade de suas associações por livre vontade. A razão pública, por sua vez, procura alcançar um só objetivo, que é o bem público, e seus efeitos alcançam toda a sociedade. O alcance dos efeitos da razão pública é tão amplo porque não há, em termos práticos, como não ser regido pela autoridade do Estado a que se está normalmente vinculado⁵⁷⁸.

Uma vez compreendidos o princípio de legitimidade, o dever de civilidade e a distinção em relação aos valores não-públicos, é possível retomar o processo de compreensão da razão pública. Rawls explica que o conteúdo da razão pública é formulado por uma concepção política de justiça, que tem duas partes⁵⁷⁹. Primeiro, ela tem princípios

⁵⁷⁶ John Rawls, 2005, p. 216-217.

⁵⁷⁷ John Rawls, 2005, p. 220. Com efeito, para Rawls, “todas as formas de raciocínio [...] têm de reconhecer certos elementos comuns [...], se não elas não seriam modos de raciocínio, mas, talvez, retórica ou meios de persuasão”. No texto original, “all ways of reasoning [...] must acknowledge certain common elements [...] otherwise they would not be ways of reasoning but perhaps rhetoric or means of persuasion”.

⁵⁷⁸ John Rawls, 2005, p. 220-222.

⁵⁷⁹ John Rawls presume que a concepção política de justiça se caracteriza por ser liberal em sentido amplo. Cf. John Rawls, 2005, p. 223.

substantivos de justiça para a estrutura básica da sociedade. Em relação aos princípios substantivos de justiça, a concepção política liberal de justiça (1) especifica direitos, liberdades e oportunidades fundamentais; (2) atribui prioridade a esses direitos, liberdades e oportunidades fundamentais e (3) afirma garantias de toda ordem para tornar efetivo o uso desses direitos, liberdades e oportunidades para todos os cidadãos⁵⁸⁰. Segundo, uma concepção política de justiça tem linhas-mestras que orientam a perquirição pública sobre questões fundamentais ou, simplesmente, ela tem diretrizes de indagação [*guidelines of inquiry*] ⁵⁸¹. As diretrizes de indagação são princípios de raciocínio e regras de prova que devem guiar os cidadãos no momento de avaliar a adequada aplicação dos princípios substantivos e de identificar quais são as leis e as políticas públicas que melhor os satisfazem⁵⁸².

Rawls observa que cada parte da concepção política de justiça corresponde a um tipo de valor do liberalismo político. Por um lado, os princípios substantivos de justiça correspondem aos valores da justiça política. A justiça política tem um sentido próprio na visão de Rawls⁵⁸³: ela é construída para se aplicar somente à estrutura básica da sociedade; ela é apresentada independentemente de qualquer doutrina abrangente ou de qualquer outra doutrina mais ampla e ela é elaborada em termos de ideias políticas fundamentais implícitas na cultura política de uma democracia. Os valores da justiça política são os valores da igual liberdade política e civil, os valores da igualdade de oportunidades, os valores da igualdade social, os valores da reciprocidade econômica, os valores do bem comum e as condições necessárias a esses valores. Por outro lado, as diretrizes de indagação correspondem aos valores da razão pública. Os valores da razão pública orientam o raciocínio e as provas que se relacionam aos tipos de informação relevantes para as questões políticas, de modo a tornar a indagação livre e pública. Os valores da razão pública incluem virtudes políticas que ajudam a realizar a discussão pública e cuidadosamente refletida sobre as questões políticas, como o cumprimento do dever de civilidade e o cumprimento do dever de razoabilidade⁵⁸⁴. Para Rawls, uma concepção política está completa quando os valores da justiça política (correspondentes aos princípios substantivos da justiça básica) e os valores da razão pública

⁵⁸⁰ John Rawls, 2005, p. 223.

⁵⁸¹ John Rawls, 2005, p. 223.

⁵⁸² John Rawls, 2005, p. 224.

⁵⁸³ John Rawls, 2005, p. 223.

⁵⁸⁴ John Rawls, 2005, 223-225.

(correspondentes às diretrizes de indagação pública) tornam possível fornecer uma resposta pública razoável para as questões fundamentais, que são os elementos constitucionais essenciais e as questões básicas de justiça distributiva⁵⁸⁵.

Com base no que vimos até agora, podemos compreender que, para o liberalismo político, os elementos constitucionais essenciais são, juntamente com as questões básicas de justiça distributiva, questões fundamentais da razão pública. As questões relativas aos essenciais constitucionais, elementos essenciais da constituição ou elementos constitucionais essenciais [*constitutional essentials*] e às questões básicas de justiça distributiva são respondidas materialmente com base nos valores da justiça política e são respondidas observando-se uma forma, as diretrizes de indagação, orientada com base nos valores da razão pública. Isso significa que, para o liberalismo político, a matéria e a forma da resposta às questões fundamentais sobre essenciais constitucionais ou elementos essenciais da constituição ou elementos constitucionais essenciais [*constitutional essentials*] e questões básicas de justiça distributiva orientam-se por valores políticos.

A descrição da razão pública inclui não só uma consideração sobre os elementos constitucionais essenciais, elementos essenciais da constituição ou essenciais constitucionais [*constitutional essentials*], mas também uma consideração sobre a corte constitucional ou corte suprema [*supreme court*]. De acordo com Rawls, num regime constitucional com controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos normativos [*judicial review*], a razão pública está sobreposta com ou coincide com [*overlaps*] a razão da corte constitucional⁵⁸⁶. A esse respeito, Rawls considera que (1) a razão pública é adequada para ser a razão da corte constitucional ou suprema corte na medida em que a corte constitucional seja vista como a mais elevada intérprete judicial da constituição, mas não como a intérprete final da constituição e que (2) a corte constitucional ou a suprema corte funciona como o exemplar da razão pública⁵⁸⁷.

Antes de discutir suas duas considerações sobre a relação entre a razão pública e a corte constitucional, Rawls lembra cinco princípios clássicos do constitucionalismo: (1) o

⁵⁸⁵ John Rawls, 2005, p. 224-225 e p. 227.

⁵⁸⁶ John Rawls, 2005, p. 231.

⁵⁸⁷ John Rawls, 2005, p. 231.

princípio da distinção entre poder constituinte do povo para estabelecer um regime e poder ordinário das autoridades e do eleitorado, de forma que o poder constituinte estabelece uma estrutura reguladora do poder ordinário⁵⁸⁸; (2) o princípio da distinção entre a constituição, que é a expressão do poder constituinte do povo e que tem autoridade superior, e a legislação ordinária, que é expressão do congresso e do eleitorado e que têm autoridade inferior; (3) o princípio de que a constituição se expressa na forma de princípios, isto é, que a constituição se expressa por meio de um preâmbulo e de certas restrições encontradas numa declaração de direitos e numa estrutura de estado e de governo, de forma que essa estrutura não deve ser onerada com muitos detalhes e qualificações; (4) o princípio de que os essenciais constitucionais [*constitutional essentials*] são fixados de uma vez por todas pelo corpo cidadão numa declaração de direitos constante numa constituição democraticamente ratificada, assegurando certos parâmetros na aprovação das leis; (5) o poder último é exercido por todos os poderes do estado (normalmente, os três poderes) e não para parte deles (um ou alguns), numa relação mutuamente especificada e com responsabilidade cada poder perante o povo. Levando em conta esses princípios do constitucionalismo, Rawls lembra que a democracia constitucional que realiza uma distinção entre poder constituinte e poder ordinário, bem como entre a constituição (a lei mais alta do povo) e a legislação ordinária (lei ordinária dos corpos legislativos), é uma democracia constitucional do tipo dualista⁵⁸⁹.

Com isso em mente, vamos à primeira das duas considerações de Rawls sobre a corte constitucional. Ao afirmar que a razão pública é adequada para ser a razão da corte constitucional, Rawls está pressupondo uma democracia constitucional dualista. Rawls sustenta que a corte constitucional, ao aplicar a razão pública, procura evitar que a constituição seja erodida por interesses estreitos e mantém-se como instituição democrática. Isso acontece porque a corte constitucional se mantém antimajoritária em relação à legislação ordinária, na medida em que pode sustentar que uma lei ou um ato normativo é inconstitucional, mas ela não se mantém antimajoritária em relação à constituição, na medida em que a corte constitucional está razoavelmente de acordo a própria constituição, com suas emendas e suas interpretações politicamente

⁵⁸⁸ John Locke, 1764, p. 196 (II, 2, 4). Essa distinção é reconhecida por Rawls em John Locke. John Rawls, 2005, p. 231. No mesmo sentido, Michel Rosenfeld, 2010, p. 192.

⁵⁸⁹ John Rawls, 2005, p. 233. Cf. Bruce Ackerman, 1991, p. 3-33.

mandadas⁵⁹⁰. Rawls nota que a constituição alemã exemplifica uma constituição do esquema dualista, uma constituição que traz uma declaração de direitos fundamentais protegida com cláusula pétrea⁵⁹¹. É preciso observar que a pressuposição de uma democracia dualista é necessária para descrever a corte constitucional. Embora a afirmação do dualismo como pressuposto de uma corte constitucional signifique também a rejeição da supremacia parlamentar, Rawls reconhece a possibilidade de haver um regime constitucional com supremacia parlamentar, sem declaração de direitos, pois muitos sustentam que, nesse caso, o parlamento pode oferecer um apoio mais firme aos valores que a constituição do regime dualista procura assegurar⁵⁹². O sistema parlamentar britânico exemplifica uma forma não-dualista de proteção de direitos fundamentais⁵⁹³. Considerando a democracia dualista e a supremacia parlamentar, Rawls nota que o liberalismo político nem afirma nem nega quaisquer das formas de expressão do constitucionalismo e, desse modo, não é necessário discuti-las. O que Rawls quer expressar com essa discussão é que, no caso de uma democracia constitucional dualista, a corte constitucional é um exemplar da razão pública, não no sentido de a razão pública ser a corte constitucional, mas no sentido de a corte constitucional costumar ser o melhor exemplo de uso da razão pública⁵⁹⁴.

A segunda das duas considerações de Rawls sobre a corte constitucional é de que a corte constitucional ou suprema corte funciona como o exemplar da razão pública. Nas palavras de Rawls, “o papel da corte não é meramente defensivo, mas o de dar o devido e contínuo efeito à razão pública ao servir como seu exemplar institucional”⁵⁹⁵. O papel da corte constitucional como o exemplar da razão pública possui, para Rawls, três aspectos a serem destacados. O primeiro aspecto é o de que “a razão pública é a única razão que a corte exerce”⁵⁹⁶. Rawls observa que a corte constitucional é a única das instituições políticas dos poderes do estado [*the only branch of government*] que trabalha com a razão pública apenas. Ao contrário do que acontece com os cidadãos e com os legisladores quando os essenciais constitucionais e as questões de justiça básica

⁵⁹⁰ John Rawls, 2005, p. 234.

⁵⁹¹ John Rawls, 2005, p. 234.

⁵⁹² John Rawls, 2005, p. 234.

⁵⁹³ John Rawls, 2005, p. 234; Bruce Ackerman, 1991, p. 8; Mauro Cappelletti, 1992, p. 57-63.

⁵⁹⁴ John Rawls, 2005, p. 235.

⁵⁹⁵ John Rawls, 2005, p. 235. “[...] the court’s role is not merely defensive but to give due and continuing effect to public reason by serving as its institutional exemplar”.

⁵⁹⁶ John Rawls, 2005, p. 235. “[...] public reason is the sole reason the court exercises”.

não estão em jogo, os juízes da corte constitucional não votam com base em suas doutrinas abrangentes, mas votam com a necessidade de justificar, por meio da razão pública, porque eles votam como votam, isto é, porque seus votos têm fundamento consistente com e adequado a uma visão constitucional coerente ao longo do conjunto de suas interpretações⁵⁹⁷. Rawls acrescenta que os juízes constitucionais devem se orientar pelo que eles pensam que os casos, as práticas e as tradições constitucionais requerem, bem como pelo que eles pensam que os textos históricos constitucionalmente significativos requerem⁵⁹⁸.

O segundo aspecto é o de que é tarefa dos juízes da corte constitucional tentar desenvolver e expressar em opiniões refletidas a melhor interpretação da constituição que eles puderem, fazendo uso do que a constituição e seus precedentes requerem⁵⁹⁹. Rawls considera que “a melhor interpretação é a que melhor se encaixa no corpo daqueles materiais constitucionais relevantes e que o justifica em termos da concepção pública de justiça e de uma variação dela”⁶⁰⁰. Isso significa que se espera que os juízes constitucionais possam e realmente apelem para os valores políticos da concepção pública de justiça e seus valores de justiça e de razão pública sempre que a constituição expressa ou implicitamente os invoque. Desse modo, “os juízes não podem, é claro, invocar sua própria moralidade pessoal, nem os ideais e virtudes da moralidade geralmente. Igualmente, eles não podem invocar as suas visões religiosas ou filosóficas ou as de outras pessoas. Nem podem eles citar valores políticos sem restrição”⁶⁰¹. Isso não significa que os juízes constitucionais concordem uns com os outros nos detalhes de seu entendimento da constituição, embora eles devam interpretar a mesma constituição em relação ao que eles entendam como as partes relevantes da concepção política, isto é, ao que eles acreditem de boa-fé ser defensáveis como suas partes mais relevantes⁶⁰². Com efeito, o papel desempenhado pela corte como a mais alta intérprete da constituição do liberalismo político supõe que a concepção política [*political*

⁵⁹⁷ John Rawls, 2005, p. 235.

⁵⁹⁸ John Rawls, 2005, p. 235-236.

⁵⁹⁹ John Rawls, 2005, p. 236.

⁶⁰⁰ John Rawls, 2005, p. 236. “Here the best interpretation is the one that fits the relevant body of those constitutional materials, and justifies it in terms of the public conception of justice or a reasonable variant thereof”.

⁶⁰¹ John Rawls, 2005, p. 237. “The judges cannot, of course, invoke their own personal morality, nor the ideals and virtues of morality generally. Equally, they cannot invoke their or other people’s religious or philosophical views. Nor they can cite political values without restriction”.

⁶⁰² John Rawls, 2005, p. 237.

conception] que eles sustentam e que suas visões dos essenciais da constituição [*constitutional essentials*] localizem as liberdades fundamentais mais ou menos no mesmo lugar⁶⁰³.

O terceiro aspecto é o de a corte constitucional ter o papel de dar vivacidade e vitalidade à razão pública no fórum público por meio de seus julgamentos de autoridade sobre questões políticas fundamentais⁶⁰⁴. Rawls observa que esse papel é cumprido sempre que a corte constitucional clara e efetivamente interpreta a constituição de uma forma razoável e que, quando esse papel não é cumprido dessa forma, a corte constitucional entra no centro de uma controvérsia política cujos temas de solução são valores políticos⁶⁰⁵. Para entender a relevância do papel da corte constitucional de dar vivacidade e vitalidade à razão pública, Rawls analisa a situação em que a corte deixa de cumprir esse seu papel. O ponto de partida da análise de Rawls é o reconhecimento de que a constituição não é o que a corte constitucional diz que ela é, mas o que o povo, agindo *constitucionalmente* por meio de outros poderes, permite à corte constitucional dizer o que ela é⁶⁰⁶. Com isso, Rawls quer dizer que um entendimento da constituição pode ser mandado à corte constitucional por meio de uma emenda à constituição ou por meio de uma *ampla e contínua* maioria⁶⁰⁷. Considerando isso, Rawls coloca a questão da possibilidade de uma emenda à constituição ser considerada inconstitucional: se uma emenda à constituição dos Estados Unidos transformasse uma religião numa religião de estado ou se uma emenda tornasse inválido o princípio de igual proteção das leis, deveria uma emenda assim ser aceita pela corte constitucional como uma emenda válida? Em outras palavras: é suficiente para uma emenda constitucional ser válida ter sido ela aprovada de acordo com as normas do processo de emenda à constituição? Dito ainda de outro modo: quais razões que a corte constitucional poderia ter para considerar inválida uma emenda que estivesse em conformidade com as normas do processo de emenda à constituição⁶⁰⁸?

⁶⁰³ John Rawls, 2005, p. 237.

⁶⁰⁴ John Rawls, 2005, p. 237.

⁶⁰⁵ John Rawls, 2005, p. 237.

⁶⁰⁶ John Rawls, 2005, p. 237.

⁶⁰⁷ John Rawls, 2005, p. 238; Bruce Ackerman, 1993, p. 34-57. Em relação a uma ampla e contínua maioria, Rawls tem em mente o caso do *New Deal* durante o governo de Franklin Delano Roosevelt nos Estados Unidos. Juntamente com a Fundação e a Reconstrução, o *New Deal* é um dos momentos constitucionais da democracia norte-americana.

⁶⁰⁸ John Rawls, 2005, p. 238.

Rawls reconhece que seria um truísmo afirmar nesse contexto que se o povo tiver agido constitucionalmente, emendas como as mencionadas há pouco podem ser consideradas válidas. Para dar uma resposta efetiva a essas questões, é importante compreender o que é uma emenda à constituição. Para tanto, Rawls procura entender quais têm sido os papéis das emendas à constituição; em outras palavras, quais são as ideias de emenda à constituição. Rawls afirma que uma das ideias de emenda à constituição é ajustar valores constitucionais básicos a circunstâncias políticas e sociais em processo de transformação ou incorporar na constituição um entendimento mais amplo e mais inclusivo desses valores⁶⁰⁹. Como exemplos dessa ideia de emenda, Rawls lembra as emendas relacionadas à Guerra de Secessão, a emenda que reconhece o direito de voto às mulheres e a emenda relacionada aos direitos iguais⁶¹⁰. Todas essas emendas alinharam mais a constituição à sua promessa original, observa Rawls, já que a escravidão, o voto censitário e a ausência do voto feminino contradizem a ideia de igualdade originalmente presente na constituição⁶¹¹. Rawls considera ainda que outra das ideias de emenda à constituição é adaptar instituições básicas com o objetivo de remover fragilidades que vêm à tona com a prática constitucional⁶¹². Desse modo, com exceção da décima-oitava emenda, as demais dizem respeito ou ao *design* institucional do estado, como no caso da emenda que permite apenas dois mandatos ao presidente da república, ou a certas questões básicas de política, como no caso da emenda que concede ao congresso o poder de instituir imposto de renda. Para Rawls, esses têm sido os papéis das emendas. Tendo em mente essas ideias de emenda à constituição, Rawls apresenta uma resposta à questão sobre as razões que a corte constitucional poderia ter para considerar inválida uma emenda que estivesse em conformidade com as normas do processo de emenda à constituição, isto é, para reconhecer a validade substancial de uma emenda à constituição. Para Rawls, em relação a uma emenda à constituição que transformasse uma religião numa religião de estado, a corte constitucional poderia dizer que ela contradiz fundamentalmente a tradição constitucional norte-americana⁶¹³. Para Rawls, embora a constituição norte-americana não possua cláusula pétrea expressamente, a Declaração de Direitos [*Bill of Rights*] e outras emendas estão protegidas por uma espécie de cláusula pétrea histórica, no sentido de que elas não

⁶⁰⁹ John Rawls, 2005, p. 238.

⁶¹⁰ John Rawls, 2005, p. 238.

⁶¹¹ John Rawls, 2005, p. 238-239.

⁶¹² John Rawls, 2005, p. 239.

⁶¹³ John Rawls, 2005, p. 239.

podem ser substituídas, revertidas, ou violadas em razão de elas serem validadas por uma longa prática histórica⁶¹⁴. Caso isso acontecesse, observa Rawls, isso seria uma falência constitucional [*constitutional breakdown*] ou uma revolução propriamente dita e não uma emenda válida à constituição, pois séculos de prática constitucional bem-sucedida põem restrições ao que pode ser considerado válido, agora, como emenda à constituição⁶¹⁵.

Desses três aspectos relativos à consideração de que o tribunal constitucional é um exemplar da razão pública, o segundo aspecto possui uma importância adicional para esta tese. Com efeito, para Rawls, é tarefa dos juízes da corte constitucional tentar desenvolver e expressar em opiniões refletidas a melhor interpretação da constituição que eles puderem, isto é, a que melhor se encaixa na constituição e nos precedentes de decisão constitucional, justificando-os em termos da concepção política. A observação que Rawls faz a esse respeito é a de que, ao interpretar a constituição, os juízes constitucionais devem apelar apenas para os valores políticos cobertos pela concepção política de justiça publicamente reconhecida ou para alguma variante dela que seja publicamente reconhecida e não para uma concepção de moralidade, nem mesmo de moralidade política, sendo esta última considerada por Rawls ampla demais para o liberalismo político. Com isso, Rawls quer dizer que embora um apelo a um *mínimo social* especificado pelas necessidades básicas seja apropriado ao juiz constitucional, um apelo ao *princípio da diferença* não pode ser feito, a não ser que esse princípio apareça como uma diretriz numa lei ordinária. O direito a um mínimo social é um valor político intrinsecamente coberto pela concepção política de justiça publicamente reconhecida, ao passo que o princípio da diferença não é. Em razão disso, o juiz constitucional só teria como apelar para o princípio da diferença se ele fosse uma diretriz contida numa lei ordinária ou em ponto semelhante da legislação. Rawls aceita a visão de Frank Michelman sobre a relação entre o mínimo social e o direito a um mínimo social no que se refere à constituição norte-americana⁶¹⁶, bem como aceita a visão de Ronald Dworkin sobre a interpretação dos juízes constitucionais, com a

⁶¹⁴ John Rawls, 2005, p. 239.

⁶¹⁵ John Rawls, 2005, p. 239.

⁶¹⁶ John Rawls, 2005, p. 237; Frank Michelman, 1979, p. 659-693. Michelman sustenta essa relação fazendo referência a casos em que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconhece o que ele denomina de direitos de bem-estar [*welfare rights*].

ressalva de que, para Rawls, a interpretação, no contexto do liberalismo político, apela apenas para os valores políticos da concepção de justiça⁶¹⁷.

Feitas essas considerações sobre a corte constitucional num regime constitucional com controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos [*judicial review*], inclusive sobre a possibilidade de os juízes constitucionais poderem apelar para o direito a um mínimo social por ser ele um valor político da concepção política de justiça publicamente compartilhada, Rawls enfatiza, mais uma vez, que elas não visam à defesa dessa forma de controle, embora ele possa ser defendido em certas circunstâncias e condições históricas da cultura política, mas visam a elaborar e a tornar mais definida a ideia de razão pública. Na medida em que a corte constitucional é o exemplar de razão pública, outros ramos do estado podem seguir essa postura de princípio e também serem fóruns de princípios na discussão das questões constitucionais. Visto isso, podemos agora compreender adequadamente os elementos constitucionais essenciais do liberalismo político no item a seguir.

3.3 Os elementos constitucionais essenciais do liberalismo político: uma descrição

Com base no que foi visto na seção anterior, é possível afirmar que uma concepção política está completa quando os valores da justiça política (correspondentes aos princípios substantivos da justiça básica) e os valores da razão pública (correspondentes às diretrizes de indagação pública) tornam possível fornecer uma resposta pública razoável para questões fundamentais, que são os elementos constitucionais essenciais e as questões básicas de justiça distributiva⁶¹⁸. Nesse momento, cabe especificar que normas são essencialmente constitucionais e de que modo essas normas são especificadas. É preciso fazer uma descrição dos essenciais constitucionais, elementos essenciais da constituição ou elementos constitucionais essenciais [*constitutional essentials*].

⁶¹⁷ John Rawls, 2005, p. 237. Cf. Ronald Dworkin, 1978, p. 81-130; *id.*, 1986, p. 225-275.

⁶¹⁸ John Rawls, 2005, p. 224-225 e p. 227.

Com efeito, Rawls distingue as questões fundamentais em elementos constitucionais essenciais e questões básicas de justiça distributiva⁶¹⁹. Os elementos constitucionais essenciais são de dois tipos: os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do estado e do processo político [*the general structure of government and the political process*] e os que especificam os direitos e liberdades fundamentais [*equal basic rights and liberties*]⁶²⁰. De modo mais analítico, as questões fundamentais estão divididas por Rawls em três categorias: os elementos constitucionais essenciais de primeiro tipo (estrutura geral do estado e estrutura geral do processo político); elementos constitucionais essenciais de segundo tipo (direitos fundamentais e liberdades fundamentais) e questões de justiça básica (princípios sobre desigualdades sociais e princípios sobre desigualdades econômicas). Rawls justifica a distinção entre as questões fundamentais de várias maneiras. A distinção entre a primeira e a segunda categoria conta com um fundamento, ao passo que a distinção entre a segunda e a terceira conta com quatro fundamentos⁶²¹. Essa segunda distinção chama mais a atenção, porque ela implica a não-inclusão das questões de justiça básica entre os elementos constitucionais essenciais.

A distinção entre o primeiro tipo e o segundo tipo de elementos constitucionais essenciais deve-se às possibilidades de especificação⁶²². Os elementos constitucionais essenciais de primeiro tipo podem ser especificados de várias maneiras, ao passo que os elementos constitucionais essenciais de segundo tipo podem ser especificados de uma só maneira. A distinção é importante, porque indica os elementos constitucionais essenciais que poderiam e os que não poderiam ser alterados. Não há muita importância na pequena variação entre os elementos constitucionais essenciais da cultura política de diferentes sociedades democráticas liberais. Há importância nas alterações que se processam dentro de uma mesma sociedade democrática liberal. Rawls compreende que essas alterações podem ser feitas, desde que elas sejam resultantes de uma exigência da justiça política ou do bem comum e não resultantes do interesse em favorecer um partido político em detrimento de outro. É o caso das normas constitucionais que estabelecem o regime político. O regime pode ser especificado de diversas maneiras,

⁶¹⁹ John Rawls, 2005, p. 227.

⁶²⁰ John Rawls, 2005, p. 227.

⁶²¹ John Rawls, 2005, p. 228-230.

⁶²² John Rawls, 2005, p. 228.

como regime presidencialista ou como regime parlamentarista. Em relação às normas constitucionais que estabelecem, por exemplo, a liberdade de expressão, não há como especificá-la constitucionalmente senão como liberdade de expressão. Sua especificação é semelhante nas diversas sociedades de livre expressão.

A distinção entre o segundo tipo de elementos constitucionais essenciais e as questões básicas de justiça distributiva, como foi dito, é a que mais chama a atenção, porque ela implica a não-inclusão de questões básicas de justiça distributiva entre os elementos constitucionais essenciais. A não-inclusão chama a atenção não por si mesma. A obra de Rawls é notória, em parte, pela inclusão do princípio da diferença entre os dois princípios da justiça⁶²³. A inclusão das questões de justiça básica entre os princípios da justiça, que são racionalmente escolhidos em situação de incerteza, faz pensar que elas devem figurar entre os elementos constitucionais essenciais cuidadosamente pensados pela razão pública. Rawls, não obstante, lança mão de quatro fundamentos para fazer essa distinção e não incluir as questões básicas de justiça distributiva entre os elementos constitucionais essenciais.

O primeiro fundamento é o fundamento da urgência. Rawls afirma que é mais urgente estabelecer as liberdades fundamentais do que estabelecer os princípios sobre as questões básicas de justiça distributiva⁶²⁴. Em suas palavras: “é mais urgente estabelecer os elementos essenciais que lidam com as liberdades fundamentais”⁶²⁵. Fora desse contexto, antes de justificar as distinções entre os elementos constitucionais essenciais de segundo tipo e as questões básicas de justiça distributiva, Rawls afirma que é da maior urgência chegar a um acordo prático, quando a questão é definir quais devem ser os elementos constitucionais essenciais no todo⁶²⁶. Mais uma vez, em suas palavras: “é da maior urgência que os cidadãos cheguem a um acordo prático ao julgar acerca dos elementos constitucionais essenciais. Eles são de dois tipos: [...]”⁶²⁷. Tudo indica que a não-inclusão das questões básicas de justiça distributiva se justifica em função da urgência porque elas envolvem não apenas a discussão guiada por valores políticos,

⁶²³ John Rawls, 1973, p. 302-303.

⁶²⁴ John Rawls, 2005, p. 230.

⁶²⁵ John Rawls, 2005, p. 230. “It is more urgent to settle the essentials dealing with the basic freedoms.”

⁶²⁶ John Rawls, 2005, p. 227.

⁶²⁷ John Rawls, 2005, p. 277. “There is the greatest urgency for citizens to reach a practical agreement in judgment about the constitutional essentials. These are of two kinds: [...]”

como requer a razão pública, mas também a discussão guiada por *valores não-políticos de teorias complicadas e controversas*. Rawls não afirma isso diretamente. Ele não comenta a relação entre urgência e não-inclusão como elemento constitucional essencial. Essa relação pode ser inferida, não obstante, com base em sua afirmação sobre as diretrizes de indagação pública: “Isso significa que, ao discutir sobre elementos constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica [na razão pública], não devemos apelar para doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes – para aquilo que, entre indivíduos ou membros de associações, entendemos ser a verdade toda –, nem para teorias econômicas complicadas de equilíbrio geral, por exemplo, quando controversas”⁶²⁸. Naquele contexto, Rawls conclui que a inobservância das diretrizes de indagação pública compromete a base pública de justificação⁶²⁹. Nesse contexto, parece ficar claro que valores não-políticos não guiam a discussão das normas que são essencialmente constitucionais e que a complicação e a controvérsia são incompatíveis com as exigências de uma situação urgente.

O segundo fundamento é o fundamento da verificação. Rawls afirma que “é muito mais fácil atestar se os elementos constitucionais essenciais estão sendo realizados” do que atestar se as questões de justiça básica estão sendo realizadas⁶³⁰. As próprias normas constitucionais e a forma de vê-las funcionar na prática são suficientes para atestar se os elementos constitucionais essenciais estão ou não sendo satisfeitos. As questões básicas de justiça distributiva, por sua vez, são muito mais difíceis de verificar-se, porque “essas questões estão quase sempre sujeitas a grandes diferenças de opiniões razoáveis: elas envolvem complicadas inferências e juízos intuitivos que requerem de nós a avaliação de informações sociais e econômicas complexas sobre tópicos mal compreendidos”⁶³¹. Com efeito, embora as questões fundamentais devam ser discutidas com base em valores políticos pelas diretrizes de indagação da razão pública, as questões básicas de justiça distributiva são mais difíceis de discutir porque elas

⁶²⁸ John Rawls, 2005, p. 224-225. “This means that in discussing constitutional essentials and matters of basic justice we are not to appeal to comprehensive religious and philosophic doctrines – to what we as individuals or members of associations see as the whole truth – nor to elaborate economic theories of general equilibrium, say, if these are in dispute”.

⁶²⁹ John Rawls, 2005, p. 225.

⁶³⁰ John Rawls, 2005, p. 230. “It is far easier to tell whether those essentials are realized.”

⁶³¹ John Rawls, 2005, p. 229. “These matters are nearly always open to wide differences of reasonable opinion; they rest on complicated inferences and intuitive judgments that require us to assess complex social and economic information about topics poorly understood.”

envolvem também valores não-políticos. Os valores não-políticos de teorias complicadas e controvertidas, dessa vez, explicam a dificuldade de verificação da efetivação das normas relativas a questões básicas de justiça distributiva em oposição à facilidade de verificação da efetivação que se exige das normas que contêm elementos constitucionais essenciais. Aqui, uma observação deve ser feita. O fundamento da verificação, assim como o fundamento da urgência, relaciona-se diretamente com o problema da estabilidade. Se os valores não-políticos dificultam a urgência da definição de elementos constitucionais essenciais, por um lado, eles dificultam, por outro lado, a estabilidade no momento posterior à definição dos elementos. A estabilidade depende fortemente da rápida definição em momento de crise e da fácil verificação do cumprimento dos termos básicos da cooperação social por todos os cidadãos dentro de padrões básicos de compreensão, independentemente de conhecimentos especializados de doutrinas abrangentes e razoáveis.

O terceiro fundamento é o fundamento da concordância. Rawls afirma que “é muito mais fácil chegar a uma concordância sobre quais devem ser os direitos e liberdades fundamentais, é claro que não em todos os detalhes, mas no que se refere às linhas mestras”⁶³². Como a concretização dos direitos fundamentais e das liberdades fundamentais é mais facilmente verificável do que a concretização dos princípios que orientam as questões básicas de justiça distributiva, tendo em vista que aqueles envolvem apenas valores políticos, espera-se que haja mais acordo sobre quais são os direitos e liberdades fundamentais do que sobre quais são os princípios que orientam as questões básicas de justiça distributiva. Uma vez mais, os valores não-políticos de teorias complicadas e controvertidas estão na base das dificuldades para a obtenção de um acordo sobre elementos constitucionais essenciais. O fundamento da concordância pode ser visto como uma síntese do fundamento da urgência e do fundamento da verificação. Desse modo, o fundamento da concordância está diretamente relacionado com o problema da estabilidade, assim como os dois anteriores.

O quarto fundamento é o fundamento da diferença entre os papéis da estrutura básica. Rawls afirma que a estrutura básica da sociedade possui dois papéis coordenados. O

⁶³² John Rawls, 2005, p. 230. “It is much easier to gain agreement about what the basic rights and liberties should be, not in every detail of course, but about the main outlines.”

primeiro papel da estrutura básica é o de especificar e garantir os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e instituir procedimentos políticos justos. Isso significa que o primeiro papel da estrutura básica da sociedade é preocupar-se com a aquisição do poder político e com os limites de seu exercício. O segundo papel da estrutura básica é o de criar as instituições de base da justiça social e da justiça econômica que são apropriadas para cidadãos em sua condição de pessoas livres e iguais⁶³³. Esses diferentes papéis da estrutura básica são especificados por princípios diferentes e não pelos mesmos princípios. Como cada papel segue um conjunto específico de princípios, estes não podem ser iguais. Com efeito, as instituições de base da justiça social e da justiça econômica orientam-se pelos princípios relativos às questões básicas de justiça distributiva, ao passo que a aquisição do poder político e os limites de seu exercício evidentemente não se orientam por esses mesmos princípios. A liberdade de associação e as garantias do princípio da legalidade, por exemplo, não se orientam pelo princípio da diferença⁶³⁴. Desse modo, os direitos e liberdades fundamentais, assim como os procedimentos políticos justos são orientados pelos elementos constitucionais essenciais, ao passo que as instituições básicas da justiça social são orientadas pelas questões básicas de justiça distributiva.

Em relação ao quarto fundamento, duas observações devem ser feitas. A primeira é a de que, embora os princípios que orientem os direitos e liberdades fundamentais difiram dos princípios que orientam as desigualdades sociais e econômicas, os dois tipos de princípios são questões fundamentais e ambos expressam valores políticos. Por isso, ambas são questões a serem resolvidas pelas diretrizes de indagação da razão pública. A segunda é a de que a distinção entre os princípios que orientam os diferentes papéis da estrutura básica não significa que as pessoas não tenham direito a terem suas necessidades básicas satisfeitas.

A segunda observação deve ser desenvolvida com maior detalhe. Como foi dito, a distinção entre o segundo tipo de elementos constitucionais essenciais e as questões básicas de justiça distributiva chama a atenção pela não-inclusão das questões básicas de justiça distributiva entre aqueles elementos, especialmente em função de Rawls

⁶³³ John Rawls, 2005, p. 229.

⁶³⁴ John Rawls, 1971, p. 302.

incluir o princípio da diferença e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades entre os dois princípios da justiça⁶³⁵. Isso poderia fazer supor que o liberalismo político descrito por Rawls não se importaria com as necessidades básicas dos cidadãos. Isso é falso. Rawls deixa isso claro num raciocínio que se inicia na reformulação da estabilidade da justiça como equidade e que termina no liberalismo político. Primeiro, a concepção igualitária de justiça sustentada na justiça como equidade continua válida. Com efeito, Rawls revisou várias vezes a teoria da justiça como equidade, mas nenhuma das revisões feitas por Rawls desde então parecem afetar sua concepção igualitária de justiça. O próprio Rawls faz essa observação⁶³⁶. Segundo, a constatação de que os cidadãos devem de antemão ter as suas necessidades básicas satisfeitas é tão elementar que Rawls supôs que isso estivesse implícito em suas afirmações feitas em *A Theory of Justice*⁶³⁷. Mais especificamente, Rawls afirma que o princípio da satisfação das necessidades básicas dos cidadãos tem de estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio⁶³⁸, que é o princípio da prioridade da liberdade⁶³⁹. Essa antecedência significa uma hierarquia superior na ordem de prioridades que atenda ao método lexicográfico⁶⁴⁰. Nos quadros de *Political Liberalism*, Rawls compreende que a satisfação das necessidades básicas tem uma justificativa política. Ela é necessária para que os cidadãos possam entender os direitos e liberdades e para que eles possam exercer esses direitos e liberdades de forma frutífera⁶⁴¹. De forma analítica, Peffer⁶⁴², como já vimos na seção sobre liberdade de participação, propõe que os princípios da justiça sejam formulados em quatro partes, com o princípio da satisfação das necessidades básicas em primeiro lugar, com o que Rawls concorda⁶⁴³, mas sem aceitar a exigência de uma forma socialista de organização econômica. Não porque Rawls tenha uma oposição ao socialismo em si, mas porque o socialismo não é visto por ele como uma exigência dos princípios da justiça política. Uma forma socialista de organização econômica poderia

⁶³⁵ John Rawls, 1971, p. 302-303.

⁶³⁶ John Rawls, 2005, p. 7.

⁶³⁷ John Rawls, 1971.

⁶³⁸ John Rawls, 2005, p. 7.

⁶³⁹ John Rawls, 1971, p. 302.

⁶⁴⁰ John Rawls, 1971.

⁶⁴¹ John Rawls, 2005, p. 7.

⁶⁴² Rodney Peffer, 1989, p. 14.

⁶⁴³ John Rawls, 2005, p. 7.

se justificar, contudo, em função da tradição ou das circunstâncias de uma sociedade específica, mas, novamente, não como uma questão de justiça política⁶⁴⁴.

Considerando essas duas observações e voltando ao fundamento da diferença entre os papéis da estrutura básica, não resta dúvida a respeito de que um mínimo social que satisfaça as necessidades básicas de todos os cidadãos é um elemento constitucional essencial, assim como um princípio de igualdade formal de oportunidade (liberdade de trânsito de capital e de trabalho com livre escolha de ocupação)⁶⁴⁵, na medida em que torna frutífera sua compreensão e sua fruição dos direitos e liberdades fundamentais.

Uma vez vistas as distinções e seus fundamentos, fica mais fácil compreender que as competências do poder legislativo, do poder executivo e do poder judiciário e o alcance da regra da maioria são exemplos de normas constitucionais do primeiro tipo, assim como fica mais fácil compreender que o direito à participação na política, que inclui os direitos políticos ativos (direito a votar), os direitos políticos passivos (direito a ser votado, a concorrer aos cargos eletivos); a liberdade de consciência; a liberdade de pensamento; a liberdade de expressão; a liberdade de associação; liberdade de movimento⁶⁴⁶; liberdade de escolha de ocupação; o direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos; o devido processo legal⁶⁴⁷ e a proteção do princípio da legalidade (estado de direito ou império da lei) são exemplos de direitos e liberdades⁶⁴⁸ do segundo tipo. Entre o primeiro tipo e o segundo tipo não há hierarquia. Vale observar que os elementos constitucionais de segundo tipo são direitos fundamentais e liberdades fundamentais “que as maiorias legislativas devem respeitar”⁶⁴⁹.

⁶⁴⁴ John Rawls, 2005, p. 70.

⁶⁴⁵ John Rawls, 2005, p. 228; id., 2000b, p. 279.

⁶⁴⁶ A liberdade de movimento não deixa de ser a liberdade física, mas no contexto em que Rawls a menciona, ela significa especificamente a liberdade de movimento entre as ocupações. Esta, evidentemente, inclui aquela. Cf. John Rawls, 2005, p. 228.

⁶⁴⁷ John Rawls, 2005, p. 232.

⁶⁴⁸ John Rawls, 2005, p. 227.

⁶⁴⁹ John Rawls, 2005, p. 227.

3.4 A constituição do liberalismo político em comparação com a constituição da justiça como equidade

Uma vez vista a descrição dos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls, a questão que se estabelece é sobre suas semelhanças e diferenças em relação à constituição da justiça como equidade, que é concepção sustentada por Rawls. Do que vimos até o momento, a constituição do liberalismo político e a constituição da concepção da justiça como equidade são compatíveis, embora a descrição de uma e de outra sejam distintas. Com efeito, a descrição da constituição do liberalismo político especifica quais são os essenciais constitucionais e os classifica em princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do estado e do processo político e em princípios que especificam os direitos e liberdades fundamentais. Além disso, a descrição da constituição do liberalismo político distingue essas questões fundamentais da razão pública de outras questões fundamentais que não são entendidas como essenciais constitucionais, que são as questões de justiça básica, isto é, os princípios sobre desigualdades sociais e sobre desigualdades econômicas.

A definição da constituição do liberalismo político como o acervo de normas jurídicas que se distingue por tratar dos princípios fundamentais da estrutura geral do estado e do processo político e dos princípios fundamentais sobre os direitos e as liberdades básicos é compatível com a definição da constituição da justiça como equidade como um procedimento imperfeitamente justo, provavelmente efetivo e normativamente superior, cujas normas, direta ou indiretamente procedimentais, visam à garantia da liberdade igual dos cidadãos. A constituição do liberalismo político possui a dimensão procedimental imperfeitamente justa em relação à concepção política de justiça que é objeto do consenso sobreposto. Sua provável efetividade se relaciona às condições de estabilidade pelas razões certas proporcionadas pelas justificações *pro tanto* e pública do consenso sobreposto e pelo uso da razão pública pelos cidadãos e pelas instituições e, no caso de uma democracia dualista, pelo uso da razão pública pelo seu exemplar, a corte constitucional. A posição normativamente superior da constituição se deve às questões fundamentais que ela aborda em razão da urgência, da possibilidade de verificação, da concordância e da diferença de papéis das partes da estrutura básica, colocando-as numa posição prioritária em relação às demais questões fundamentais. As

normas da constituição do liberalismo político, direta ou indiretamente procedimentais, também visam à garantia da liberdade igual dos cidadãos, embora a liberdade igual não seja necessariamente definida com os fundamentos e nos termos sustentados pela justiça como equidade.

A constituição da justiça como equidade, por sua vez, é composta pela estrutura geral do estado e do processo político e por princípios que especificam os direitos e liberdades fundamentais. Desse modo, as normas da constituição da justiça como equidade, como um exemplo dentre outros do liberalismo político, incluem as competências do poder legislativo, do poder executivo e do poder judiciário e o alcance da regra da maioria (normas constitucionais do primeiro tipo), bem como o direito à participação na política, que inclui os direitos políticos ativos e passivos; a liberdade de consciência; a liberdade de pensamento; a liberdade de expressão; a liberdade de associação; a liberdade de movimento; a liberdade de escolha de ocupação; o direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos; o devido processo legal e a proteção do princípio da legalidade, isto é, o estado de direito ou império da lei, dentre outros direitos e liberdades não enumerados⁶⁵⁰ (normas constitucionais do segundo tipo), observando que não há hierarquia entre os tipos e que os elementos constitucionais de segundo tipo são direitos fundamentais e liberdades fundamentais que as maiorias legislativas têm o dever de respeitar. Essa descrição é compatível com o princípio de igual participação da constituição da justiça como equidade, que concretiza o princípio da liberdade igual acordado pelas partes na posição original e que afirma o direito igual de todos os cidadãos de tomar parte e de determinar o resultado do processo político previsto na constituição por meio dos direitos iguais de engajamento em negócios públicos e do dever institucional de tomar medidas destinadas a manter as liberdades e o valor equitativo das liberdades. Em termos mais específicos, a constituição da justiça como equidade, como princípio de igual participação, requer uma casa legislativa com poderes de elaboração de lei, os partidos políticos com apoio do eleitorado e com uma concepção de vida boa para defender, o direito de todos os adultos sãos de tomar parte nos assuntos políticos; o preceito “um eleitor, um voto”; as eleições

⁶⁵⁰ John Rawls, 1999a, p. 54; *id.*, 2005, p. 227. Rawls exemplifica dos direitos e liberdades fundamentais. A noção de que as emendas posteriores à Guerra Civil, as emendas do *New Deal* e outras aproximam a constituição de sua ideia original reforça esse entendimento. Sobre a concepção de direitos não enumerados, cf. Ronald Dworkin, 1992.

justas, livres e periódicas; as proteções constitucionais firmes para certas liberdades, especialmente a liberdade de expressão, o direito de reunião, a liberdade de associação, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento, a liberdade da pessoa, os direitos e liberdades próprios do estado de direito, a liberdade de ter propriedade pessoal, dentre outros pressupostos da liberdade de participação igual.

A distinção entre a constituição do liberalismo político e a constituição da justiça como equidade está na concepção política. A constituição do liberalismo político comporta a constituição da justiça como equidade porque a concepção política de justiça da justiça como equidade poderia ser uma concepção política alcançada ao longo do tempo por meio da passagem de um *modus vivendi* a um consenso constitucional e deste a um consenso sobreposto razoável. A constituição da justiça como equidade, por sua vez, é uma variação do liberalismo político. Desse modo, ela comporta seus essenciais constitucionais. A questão é que os pressupostos originais da justiça como equidade produzem uma possibilidade de interpretação da constituição condizente com a doutrina abrangente em questão, que é a própria concepção da justiça como equidade com a posição original e o equilíbrio reflexivo, ao passo que os pressupostos da justiça como equidade vista como uma concepção política, assim como os pressupostos de qualquer concepção política do liberalismo político, produzem uma possibilidade de interpretação referida aos limites da razão pública.

Considerada a relação do liberalismo político descrito por Rawls com a justiça como equidade, gostaria de considerar agora a relação do liberalismo político com o libertarismo. Isso porque a comparação com a justiça como equidade exemplifica uma comparação com uma teoria que sustenta princípios distributivos de justiça social, ao passo que a comparação com o libertarismo representa uma comparação com uma teoria que não sustenta princípios distributivos de justiça social. Desse modo, a questão que surge neste ponto é se os essenciais constitucionais seriam uma concepção mínima de constituição como sustentada por uma concepção libertária de justiça. Para Robert Nozick, a questão que orienta as discussões libertárias diz respeito ao espaço que os direitos individuais deixam para o estado, isto é, que apenas um estado mínimo, limitado às funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, de fiscalização do cumprimento dos contratos e assim por diante é que se justifica e que

um estado com mais competências inevitavelmente viola o direito das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas⁶⁵¹. As implicações que Nozick tem em mente são as de que “o estado não pode usar os instrumentos coercitivos com o objectivo de obrigar alguns cidadãos a ajudar outros, ou de proibir determinadas actividades às pessoas para o *próprio* bem ou protecção delas”⁶⁵². Embora o libertarismo se oponha às concepções mais amplas de estado do que a de estado mínimo, o libertarismo sustenta que deve haver justiça social nos termos da teoria da titularidade [*entitlement theory*]. O libertarismo não pensa a justiça social como justiça distributiva, no sentido de um conjunto de princípios ou de um mecanismo pensado para distribuir parcelas dos recursos sociais. Por isso mesmo, Nozick prefere falar de um princípio de justiça dos haveres ou da propriedade⁶⁵³. Esse princípio amplo se realiza na observância de três princípios que o compõem: (1) o princípio da justiça na aquisição; (2) o princípio da justiça na transferência e (3) o princípio de retificação de violações aos princípios de justiça na aquisição e de justiça na transferência⁶⁵⁴. A teoria de justiça dos haveres ou da propriedade de Nozick se opõe à teoria da justiça como equidade. Em termos rawlsianos, a teoria da justiça da propriedade se opõe à característica de os princípios sobre desigualdades sociais e econômicas serem tornados questões fundamentais da razão pública a serem transformados em princípios jurídicos. Nesse ponto, há uma divergência quanto a essa possibilidade, mas isso não diz respeito aos essenciais constitucionais.

Em relação aos essenciais constitucionais, a compatibilidade entre o liberalismo político e o libertarismo deve ser analisada quanto à concepção política de justiça subjacente à constituição. Uma concepção política de justiça do liberalismo político afirma, para Rawls, pelo menos três valores básicos: o valor da liberdade, o valor da igualdade, que combinados consistem em direitos e liberdades fundamentais prioritários, e o valor da garantia dos meios suficientes para todos os propósitos que habilitem os cidadãos a fazer um uso inteligente e efetivo de suas liberdades [*sufficient all-purpose means*] com observância do critério de reciprocidade⁶⁵⁵. Rawls observa que os direitos e liberdades fundamentais considerados sozinhos resultam no libertarismo, considerado pelo autor

⁶⁵¹ Robert Nozick, 2009, p. 21.

⁶⁵² Robert Nozick, 2009, p. 21.

⁶⁵³ Robert Nozick, 2009, p. 192.

⁶⁵⁴ Robert Nozick, 2009, p. 193.

⁶⁵⁵ John Rawls, 2005, liii.

como uma visão empobrecida de liberalismo⁶⁵⁶. Para Rawls, o libertarismo não combina os valores de liberdade e de igualdade da forma que o liberalismo faz, carece do critério de reciprocidade e permite desigualdades sociais e econômicas excessivas à luz desse critério⁶⁵⁷. Com base nas colocações de Nozick e de Rawls, em termos rawlsianos, a divergência se coloca quanto à combinação dos valores de liberdade e igualdade que considere o critério de reciprocidade, inclusive em seus efeitos na afirmação de princípios sobre desigualdades sociais e econômicas. No que diz respeito ao problema dos essenciais constitucionais, as divergências quanto aos direitos e liberdades assegurados pela constituição não existem. As divergências existem quanto às interpretações de igualdade que levem em conta o critério de reciprocidade a respeito dos direitos e liberdades fundamentais. Para o libertarismo, o direito a um mínimo social não se estabelece como um direito fundamental como condição de participação social e de exercício de cidadania. Não obstante, o libertarismo pode reconhecer uma possibilidade de direito a um mínimo social como forma de efetivação de seu princípio de retificação. Em suma, a constituição do liberalismo político coincide com a constituição do libertarismo em termos formais, no que diz respeito à necessidade de princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do estado e do processo político e de princípios que especificam os direitos e liberdades fundamentais, mas divergem quanto à inclusão de um direito a um mínimo social que atenda às necessidades de todos os cidadãos como condição de participação social e política ou, diferentemente, de um direito a um mínimo social que atenda ao princípio de retificação. Não obstante, nada impede que as pessoas que compartilham do libertarismo como visão abrangente endossem a constituição do liberalismo político em função das razões apresentadas ao longo da descrição de suas ideias básicas ao longo deste capítulo. Feitas essas considerações, levando em conta a finalidade da tese, resta-me considerar como o direito a um mínimo social é visto por Rawls tanto na teoria da justiça como equidade como em sua interpretação do liberalismo político em geral.

⁶⁵⁶ John Rawls, 2005, lvi.

⁶⁵⁷ John Rawls, 2005, lvi.

CAPÍTULO IV

4 As questões de justiça básica e o mínimo social: enigma dos elementos essenciais da constituição

Os elementos constitucionais essenciais foram debatidos em 2003 num simpósio por autores de teoria constitucional e de teoria do direito. Suas colocações estão publicadas na *Fordham Law Review*⁶⁵⁸. A importância desse simpósio, como observa William Michael Treanor⁶⁵⁹, decorre do aspecto inédito do tema debatido num simpósio: as implicações das colocações de Rawls para o direito. As colocações mais centrais em relação aos elementos constitucionais essenciais são feitas por Lawrence Gene Sager e por Frank Isaac Michelman. As colocações de Michelman são feitas nesse simpósio no sentido de compreender os elementos constitucionais essenciais em relação ao controle judicial da constitucionalidade das leis. Nesse intento, Michelman depara-se com dois enigmas sobre o alcance dos elementos constitucionais essenciais em relação a questões básicas de justiça distributiva ou *questões de justiça básica*. Ambas as abordagens trazem embutidas concepções bem trabalhadas que requerem maior detalhamento. A interpretação de Michelman consiste num modo mais analítico de formular o problema a respeito dos elementos constitucionais essenciais: o modo dos dois enigmas, problema com o qual me deparei antes conhecer seu artigo. O primeiro enigma de Michelman diz respeito à não-inclusão das questões básicas de justiça distributiva entre os elementos constitucionais essenciais. O segundo enigma de Michelman é saber como pode Rawls, simultaneamente, incluir o valor equitativo das liberdades políticas e o direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos e não incluir a igualdade equitativa de oportunidades entre os elementos constitucionais essenciais⁶⁶⁰. A interpretação de Sager consiste em compreender o aspecto magro, compacto ou reduzido dos elementos constitucionais essenciais de Rawls, no sentido de que seu alcance é significativamente mais restrito do que o do domínio da justiça política. Sager ilustra o aspecto compacto dos elementos constitucionais essenciais com os direitos de bem-estar material. Um deles, o princípio da diferença, é talvez o preceito pelo qual Rawls seja mais bem conhecido, mas esse princípio não entra no domínio dos elementos constitucionais essenciais. Sager procura entender essa questão em relação à sua

⁶⁵⁸ *Fordham Law Review*, v. 72, n. 5.

⁶⁵⁹ William Michael Treanor, 2004, p. 1385-1386.

⁶⁶⁰ Frank Michelman, 2004, p. 1417.

descrição da prática constitucional norte-americana⁶⁶¹. As duas colocações convergem em sua perplexidade em relação à extensão dos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls. Elas são formas semelhantes de expressar o problema que apresentei na introdução da tese, que é o de saber por que o princípio da diferença não é uma parte integrante dos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls, ao passo que o direito a um mínimo social é parte integrante desses elementos. As descrições da constituição da justiça como equidade e da constituição do liberalismo político já nos permitem fornecer preliminarmente a resposta, mas um entendimento prévio sobre a ideia de mínimo social e de princípio da diferença em Rawls se faz necessário.

4.1 O princípio da diferença e as demais questões de justiça básica em Rawls

O princípio da diferença é enunciado em conjunto com o princípio da liberdade igual e com o princípio da igualdade equitativa de oportunidades em ordem serial. Ele pressupõe uma situação em que todos sejam igualmente livres e ocupem posições e cargos em condições de igualdade equitativa, de forma que não é permitido violar esses dois pressupostos. Além de não ser enunciado isoladamente, o princípio da diferença não surge pronto na posição original. Ele é elaborado aos poucos pelas partes representativas. O enunciado do princípio da diferença não é apresentado por Rawls em *A theory of justice* senão no §46, depois de várias considerações sobre seu significado feitas nos parágrafos antecedentes. Poderíamos ser mais pragmáticos e irmos direto à sua enunciação, mas sua apresentação descontextualizada certamente iria resultar em incompreensão. Vamos, então, por etapas.

4.2 Primeira aproximação

Rawls apresenta os dois princípios em sucessivas aproximações. Deverei seguir essa forma de exposição. Neste momento, veremos a primeira aproximação dos dois princípios. Rawls fala em primeira aproximação dos dois princípios, mas fala também

⁶⁶¹ Lawrence Gene Sager, 2004, p. 1421-1433.

em primeira afirmação e primeira formulação. Prefiro fazer uso do termo “aproximação”. A primeira aproximação dos dois princípios, eu a apresento tanto como ela consta na edição original quanto como ela consta na edição revisada. Assim, os princípios da justiça surgem inicialmente assim:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual à mais extensa liberdade básica, compatível com uma liberdade semelhante para outros⁶⁶². (tradução nossa da edição original) Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso esquema de liberdades básicas iguais, compatível com um esquema semelhante de liberdades para outros⁶⁶³. (tradução nossa da edição revisada)

Segundo: desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que elas sejam ambas (a) razoavelmente esperadas serem para a vantagem de todos e (b) vinculadas a posições e cargos abertos a todos⁶⁶⁴. (tradução nossa da edição original) Segundo: desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que elas sejam ambas (a) razoavelmente esperadas serem para a vantagem de todos e (b) vinculadas a posições e cargos abertos a todos⁶⁶⁵. (tradução nossa da edição revisada)

Como o primeiro princípio e sua concretização foram abordados no capítulo primeiro, vamos ao segundo princípio. O segundo princípio considera, como se pode depreender *prima facie* de seu enunciado aproximativo, que as desigualdades sociais e econômicas existentes devem ser admitidas em uma situação complexa ou situação composta: as desigualdades sociais e econômicas devem ser admitidas quando (a) elas gerarem a expectativa de serem vantajosas para todas as pessoas e quando (b) elas forem vinculadas a posições abertas para todos e a cargos abertos para todos. A afirmação de que as desigualdades sociais e econômicas devem ser admitidas quando elas gerarem a expectativa de serem vantajosas para todos é a primeira afirmação do que virá a ser denominado de princípio da diferença, mas que, por enquanto, é apenas uma parte do segundo princípio. A afirmação de que as desigualdades sociais e econômicas devem ser admitidas quando elas forem vinculadas a posições e cargos abertos a todos é, por sua vez, a primeira afirmação do que virá a ser denominado de princípio da igualdade

⁶⁶² John Rawls, 1971, p. 60. First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others.

⁶⁶³ John Rawls, 1999a, p. 53. First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others.

⁶⁶⁴ John Rawls, 1971, p. 60. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.

⁶⁶⁵ John Rawls, 1999a, p. 53. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.

equitativa de oportunidades, mas que, por enquanto, é apenas outra parte do segundo princípio. O segundo princípio, portanto, não admite desigualdades sociais e econômicas senão mediante a junção de duas considerações de princípio: a satisfação simultânea do que virá a ser o princípio da diferença e do que virá a ser o princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Por enquanto, numa primeira aproximação, os cidadãos livres e iguais em sua liberdade admitiriam uma situação de desigualdade social e econômica somente se essa situação fosse vantajosa para todos e vinculada a posições e cargos abertos para todos.

Ao comentar a primeira enunciação dos dois princípios, Rawls faz duas observações em relação ao segundo princípio, observações que denomino aqui de observação da aplicação e observação da ambiguidade. Essas observações permanecem praticamente inalteradas nas duas edições de *A theory of justice*. A observação da aplicação explica como o segundo princípio deve ser aplicado. Para tanto, Rawls começa chamando a atenção para os âmbitos de aplicação mais evidentes do segundo princípio: a distribuição de renda e riqueza e o desenho [*design*] das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e responsabilidade⁶⁶⁶ ou de cadeias de comando⁶⁶⁷. Como foi dito, quando aplicado à distribuição de renda e riqueza, uma parte do segundo princípio enuncia que a distribuição não precisa ser igual, mas ela precisa ser vantajosa para todos e, quando aplicado ao desenho das organizações que se estruturam com base em diferenças de autoridade e responsabilidade, outra parte do segundo princípio enuncia que as posições de autoridade e os cargos de comando precisam ser abertos a todos. Rawls observa que a aplicação do segundo princípio é feita mantendo-se primeiramente as posições abertas e, depois, sujeitando-se a essa limitação [*constraint*], arranjando-se as desigualdades sociais e econômicas de modo que todos se beneficiem. Essa observação, a observação da aplicação, lembra-nos de que os princípios estão dispostos numa ordem serial, de modo que o primeiro princípio antecede o segundo, no sentido de que as violações das liberdades básicas protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais. Agora vemos que, na aplicação do segundo princípio, primeiro os cargos e posições são

⁶⁶⁶ John Rawls, 1971, p. 61; *id.*, 1999, p. 53.

⁶⁶⁷ John Rawls, 1971, p. 61. Rawls retirou a expressão *cadeias de comando* da edição revisada.

mantidos abertos a todos e, sob essa restrição [*constraint*], faz-se o arranjo das desigualdades sociais e econômicas de modo favorável a todos.

A segunda observação ao segundo princípio, por sua vez, é a observação da ambiguidade. O segundo princípio é enunciado, nessa primeira aproximação, com duas expressões ambíguas: “para a vantagem de todos” [*to everyone’s advantage*] e “abertos a todos” [*open to all*]. É necessário explicar o que significa distribuição de renda e riqueza ser para a vantagem de todos e o que significa haver posições e cargos “abertos a todos”⁶⁶⁸. Essa explicação permitirá que passemos da primeira aproximação para a segunda aproximação do segundo princípio. Como nossa descrição dos dois princípios em suas sucessivas aproximações tem o objetivo de compreender o enunciado do princípio da diferença, vou deixar em evidência, antes de seguir adiante, a parte do segundo princípio que virá a ser chamada de princípio da diferença, ou, se for preferível, a primeira aproximação do princípio da diferença. Ela é enunciada nos seguintes termos:

Segundo: desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que elas sejam ambas [...] razoavelmente esperadas serem para a vantagem de todos [...]⁶⁶⁹.

Vejamos, a seguir, várias possibilidades de interpretação do segundo princípio e qual a interpretação que a ele é dada pela teoria da justiça como equidade. A contenção dessas possibilidades interpretativas exigirá uma nova enunciação aproximativa do segundo princípio.

4.3 Segunda aproximação

O segundo princípio está, por enquanto, enunciado de forma demasiadamente ambígua. Na interpretação de Rawls, a expressão “para a vantagem de todos” [*to everyone’s advantage*] comporta dois sentidos: o sentido que lhe é conferido pelo princípio da

⁶⁶⁸ John Rawls, 1971, p. 61; *id.*, 1999a, p. 53

⁶⁶⁹ John Rawls, 1971, p. 60. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both [...] reasonably expected to be to everyone’s advantage [...]. *Id.*, 1999a, p. 53. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both [...] reasonably expected to be to everyone’s advantage [...].

eficiência e o sentido que lhe é conferido pelo princípio da diferença, ao passo que a expressão “abertos a todos” [*open to all*] também comporta dois sentidos: o sentido igualdade como careiras abertas a talentos e o sentido de igualdade como igualdade equitativa de oportunidades. Como cada um desses sentidos é independente em relação aos demais, um cálculo combinatório simples leva à conclusão de que há quatro interpretações possíveis do segundo princípio. Essas interpretações têm nome: a interpretação do sistema de liberdade natural, a interpretação da igualdade liberal, a interpretação da aristocracia natural e a interpretação da liberdade democrática. A interpretação aceita na posição original é a da liberdade democrática e é ela que define a segunda aproximação do segundo princípio. Uma compreensão mais ampla de seu significado, no entanto, requer o exame das demais interpretações. Convém fazer o registro, em tempo, de que, em todas elas, Rawls presume que o princípio da liberdade igual, enunciado definitivo do primeiro princípio, está satisfeito e que a economia é, grosso modo, um sistema de mercado livre, embora os meios de produção possam ser ou possam não ser de propriedade privada⁶⁷⁰. Além disso, ele considera que todas as interpretações são vistas como exemplos de justiça procedimental pura.

4.3.1 Interpretação da liberdade natural

A liberdade natural interpreta o segundo princípio atribuindo à expressão “para a vantagem de todos” o sentido que lhe é dado pelo princípio da eficiência e à expressão “abertos a todos” o sentido que lhe é dado pelo princípio da igualdade formal de oportunidade⁶⁷¹, que é visto, por Rawls, como equivalente à noção de careiras abertas a talentos⁶⁷². Nós vamos ver o que é o princípio da eficiência primeiro e ver o que é o princípio da igualdade formal de oportunidade em seguida. Com essas ideias estabelecidas, será fácil entender a interpretação da liberdade natural. Essa é a sequencia

⁶⁷⁰ John Rawls, 1971, p. 66; *id.*, 1999a, p. 57. Tanto na teoria original da justiça como equidade como na teoria reformulada da justiça como equidade, Rawls sugere o sistema de democracia do pertencimento da propriedade privada [*property-owning democracy*], que não se confunde com outros sistemas, como o capitalismo do *laissez faire*, o capitalismo do bem estar social, o socialismo de estado com economia de comando e o socialismo (democrático) liberal. Cf. John Rawls 2001, p. 136.

⁶⁷¹ John Rawls, 1971, p. 65; *id.*, 1999a, p. 57.

⁶⁷² John Rawls, 1971, p. 66; *id.*, 1999a, p. 57.

do raciocínio de Rawls. A ela, acrescentei algum aprofundamento nas raízes dos elementos que compõem a interpretação em causa.

4.3.1.1 A eficiência

O princípio da eficiência mencionado é o princípio da eficiência de Pareto, também conhecido como ótimo de Pareto. Rawls explica a eficiência de Pareto, mas, talvez, algum aprofundamento seja necessário neste ponto. É importante ver, ainda que de passagem, como Pareto apresenta a eficiência. Prefiro, no momento, falar em “eficiência” e não em “princípio da eficiência”, uma vez que a eficiência é, de início, um conceito descritivo e não um conceito prescritivo. É curioso notar que Pareto não emprega o termo “eficiência”. O conceito de eficiência, feitas essas considerações, é enunciada da seguinte forma:

Nós dizemos que os membros de uma coletividade gozam, numa certa posição, do *máximo de ofelimidade*, quando é impossível encontrar um meio de afastar-se muito pouco dessa posição, de tal sorte que a ofelimidade de que goza cada um dos indivíduos dessa coletividade aumenta ou diminui. Isso que dizer que todo pequeno deslocamento a partir dessa posição tem necessariamente o efeito de aumentar a ofelimidade de que gozam certos indivíduos e de diminuir aquela de que gozam outros: de ser agradável a uns, desagradável a outros⁶⁷³.

Sem dúvida, o substantivo ofelimidade chama a atenção. A ofelimidade é uma noção empregada na crítica de Pareto ao estudo econômico de sua época sobre o gosto humano, no esforço de traduzir-se numericamente o gosto humano e, assim, de submetê-lo ao cálculo. Inicialmente, conta-nos Pareto, dizia-se que, se uma coisa satisfizesse às necessidades ou aos desejos humanos, ela teria um “valor de uso”, uma “utilidade”. Pareto considera as noções de utilidade e de valor de uso imperfeitas e equivocadas por três razões: primeiro, porque elas veiculam a ideia de que a propriedade de proporcionar prazer é uma propriedade objetiva das coisas; segundo, porque a

⁶⁷³ Vilfredo Pareto, 1909, p. 354. «Nous dirons que les membres d’une collectivité jouissent, dans une certaine position, du *maximum d’ophélimité*, quand il est impossible de trouver un moyen de s’éloigner très peu de cette position, de telle sorte que l’ophémilité dont jouit chacun des individus de cette collectivité augmente ou diminue. C’est-à-dire que tout petit déplacement à partir de cette position a nécessairement pour effet d’augmenter l’ophémilité dont jouissent certains individus, et de diminuer l’ophémilité dont jouissent d’autres : d’être agréable aux uns, désagréable aux autres.» . Cf. Vilfredo Pareto, 1994, p. 337.

expressão “valor de uso” veicula a ideia, considerada por ele errônea, de que a satisfação das necessidades ou dos desejos humanos está em função da coisa, em vez de veicular a ideia, correta em sua visão, de que essa satisfação está em função da quantidade da coisa, isto é, não se deveria falar, por exemplo, em “valor de uso da água”, como acontece comumente, mas em “valor de uso da quantidade de água”; terceiro, porque a palavra “utilidade” pode levar a uma confusão de sentidos, já que seu significado no jargão econômico é diferente de seu significado na linguagem corrente⁶⁷⁴. Com o objetivo de retificar o que ele considera ser um erro da economia antiga, Pareto deixa de empregar os termos “valor de uso” e “utilidade” e passa a empregar o termo “ofelimidade”, que é o prazer que alguém sente quando consome certas coisas ou quando delas se serve de uma maneira qualquer, abrangendo tanto satisfações quanto expectativas⁶⁷⁵. O máximo de ofelimidade aparece no raciocínio de Pareto com uma das características do equilíbrio econômico. Havendo equilíbrio econômico, a situação de máximo de ofelimidade surge. O contrário, contudo, não necessariamente acontece. A existência de uma situação eficiente ou de máximo de ofelimidade não significa por si só a existência de situação de equilíbrio econômico.

Considere, agora, que cada membro de uma coletividade ocupe uma posição econômica e que cada posição econômica proporcione um grau de ofelimidade, uma quantidade de prazer nos termos já definidos. Considere, ainda, que o sistema econômico esteja produzindo o máximo de prazer possível. Considerando-se isso, a eficiência é a situação em que cada ocupante de uma posição econômica goza do máximo de prazer. Se isso acontecer, se o sistema econômico estiver em sua capacidade máxima de produção de prazer, qualquer aumento na quantidade de prazer destinada à posição econômica de alguém implica correspondente diminuição da quantidade de prazer destinada à posição econômica de outrem.

Rawls trabalha o conceito de eficiência no consumo e na produção: no consumo, diz o autor, a alocação de um estoque de mercadorias entre certos indivíduos é eficiente se não houver outra forma de alocar esses bens que melhore [*improves*] as circunstâncias de pelo menos um desses indivíduos sem que outro fique em desvantagem; na

⁶⁷⁴ Vilfredo Pareto, 1909, p. 156-157; *id.*, 1994, p. 153-154.

⁶⁷⁵ Vilfredo Pareto, 1909, p. 249; *id.*, 1994, p. 238.

produção, prossegue ele, a organização da produção é eficiente se não houver maneira de alterar insumos de modo a produzir mais de algum tipo de mercadoria sem produzir menos de outra⁶⁷⁶. Tomarei um mercado qualquer, em que são ofertas e consumidas, diariamente, suponhamos, dez mil litros de leite, de forma que esse mercado produza o máximo de ofelividade para todos os seus consumidores, dez mil pessoas, se uma pessoa passar a ter uma unidade a mais de satisfação por dia, mantidas todas as condições iguais, outra terá uma unidade de satisfação a menos à sua disposição.

O conceito de eficiência econômica parece agora mais claro. No entanto, o emprego do termo “ofelividade” por Pareto poderia ainda suscitar alguma dúvida: esse não é um substantivo encontrado na linguagem corrente. Às vezes, a etimologia pode ser uma via reveladora. Ofelividade vem do substantivo grego “*ωφέλεια*” [ofeleia], que significa “utilidade”. A eficiência é, portanto, o máximo de “utilidade”, com as aspas devidas ao esforço de ressignificação feito por Pareto. O substantivo “*ωφέλεια*” está relacionado ao verbo “*ωφελώ*” [ofeló], que significa beneficiar, prestar um serviço a alguém. Ele está também relacionado ao adjetivo “*ωφέλιμος*” [ofélimos], que significa útil, no sentido de algo que pode ajudar; salutar, saldável; e, ainda, benéfico, no sentido de vantajoso. Esse breve estudo etimológico mostra-se deveras revelador e, agora, parece ficar compreendido o porquê de o princípio da eficiência ser uma interpretação possível para a passagem “para a vantagem de todos” da primeira aproximação do princípio da diferença. A eficiência é a situação em que há vantagem para todos, no sentido de que todos usufruem do máximo de prazer que o sistema de alocação de recursos lhes pode proporcionar para um arranjo dado de posições econômicas. Dito de outro modo, as expressões “para a vantagem de todos” e “eficiência” relacionam-se por meio de “*ωφέλεια*”, aquilo que é vantajoso.

Vista a eficiência em Pareto e compreendida a possibilidade de um arranjo vantajoso para todos ser interpretado em termos de eficiência, podemos agora compreender a eficiência na interpretação da liberdade natural relatada por Rawls. O conceito de eficiência de Pareto, chamado por Rawls de “princípio”, retomado e aplicado à descrição da estrutura básica da sociedade na interpretação da liberdade natural, é apresentado assim:

⁶⁷⁶ John Rawls, 1971, p. 67; *id.*, 1999a, p. 58.

O princípio sustenta que uma configuração é eficiente sempre que é impossível modificá-la de modo a tornar algumas pessoas (pelo menos uma) mais bem providas [mais abastadas ou mais ricas] sem ao mesmo tempo tornar outras pessoas (pelo menos uma) menos bem providas [menos abastadas ou mais pobres]⁶⁷⁷.

Se for possível enunciar o conceito de eficiência para as principais instituições econômicas e sociais, também será possível enunciar o conceito de ineficiência para essas mesmas instituições. Tendo em vista que o conceito de eficiência se aplica tanto ao consumo quanto à produção, Rawls enuncia, nessa mesma perspectiva, o conceito de ineficiência:

Uma distribuição de bens ou um esquema de produção é ineficiente quando existem maneiras de fazer [algo] ainda melhor para alguns indivíduos sem fazer nada pior para outros⁶⁷⁸.

Com efeito, se um sistema econômico puder produzir mais unidades de um bem sem ter de desistir da produção de algumas unidades de outro bem, por exemplo, produzir mais toneladas de feijão, sem desistir da produção de algumas toneladas de soja, o maior estoque de bens pode melhorar a posição econômica de uns sem prejudicar a posição econômica de outros. O arranjo econômico pode passar de uma situação menos eficiente para uma situação mais eficiente.

É preciso notar que existem várias configurações eficientes de um esquema econômico. Para explicar essa afirmação, Rawls lança mão de alguns exemplos. Suponhamos um esquema de alocação em que uma pessoa receba um estoque inteiro de mercadorias. Esse esquema de alocação é eficiente, uma vez que não há forma de rearranjar a alocação que torne alguns mais providos economicamente sem tornar outros menos providos: a pessoa que detém todo o estoque sozinha perderá em qualquer hipótese de rearranjo. Suponhamos ainda uma alocação que deixe algumas pessoas com vontade de trocar bens com outras pessoas. Esse esquema de alocação é ineficiente, uma vez que a vontade de trocar mostra que há um rearranjo que melhora a situação econômica de uns

⁶⁷⁷ John Rawls, 1971, p. 67; *id.*, 1999a, p. 58. “The principle holds that a configuration is efficient whenever it is impossible to change it so as to make some persons (at least one) better off without at the same time making other persons (at least one) worse off.”

⁶⁷⁸ John Rawls, 1971, p. 67; *id.*, 1999a, p. 58. “A distribution of goods or a scheme of production is inefficient when there are ways of doing still better for some individuals without doing any worse for others.”

sem prejudicar a situação econômica de outros. Um esquema será eficiente quando não houver possibilidade de trocas proveitosas. No primeiro exemplo, o sistema é eficiente, uma vez que as demais pessoas não têm nada para dar ao proprietário do estoque de bens em troca. É preciso lembrar com Rawls que, para a economia do bem-estar, uma configuração econômica eficiente é melhor do que outras configurações econômicas, mas que nenhum arranjo eficiente é melhor do que outro arranjo eficiente. Se dois ou mais arranjos são considerados eficientes nos termos de Pareto, nenhum deles é, sob a óptica da eficiência, preferível a outro: todos são igualmente preferíveis.

Essas são as bases do conceito de eficiência. Antes de seguir adiante, no entanto, gostaria de fazer menção à tradução dos termos “*better off*” e “*worse off*”, empregados na enunciação da eficiência, para o português. A expressão “*better off*” tem o sentido primário de “ter mais dinheiro do que alguém ou do que você tinha antes”⁶⁷⁹, sentido relacionado diretamente ao de “*well-off*”, que significa “ter muito dinheiro ou ter dinheiro suficiente para ter um bom padrão de vida”⁶⁸⁰. Suponho que a expressão “mais bem provido” pertença ao campo mais próximo das expressões adequadas à tradução de “*better off*”, bem como a expressão “menos bem provido” quanto à tradução de “*worse off*”. Suponho ainda que as expressões “mais abastado” e “menos abastado”; “mais rico” e “mais pobre”; “mais endinheirado” e “menos endinheirado” pertençam ao mesmo campo. O importante, penso, é manter essa referência ao estado de bem-estar econômico. Deixar escapar esse sentido na tradução dificulta a compreensão. Mais adiante, veremos que os termos “*better off*” e “*worse off*” serão empregados em várias oportunidades por Rawls, inclusive na enunciação do princípio da diferença. Vale observar, ainda, que o sentido secundário de “*better off*” compreende o de “mais feliz”; “melhorado”, no sentido de “mais bem sucedido, etc.”. A associação entre esses dois sentidos é compatível com o *topos* econômico de fundo utilitarista que relaciona mais unidades monetárias a mais felicidade ou a mais satisfação. Tomada nesse sentido aproximativo, o par de expressões “mais satisfeito” e “menos satisfeito” poderia

⁶⁷⁹ Longman Dictionary of Contemporary English, 2003, p. 131. Cf. Collins Cobuild advanced learner’s English dictionary, 2003, p. 124; The shorter Oxford English dictionary, 1959b, p. 1361.

⁶⁸⁰ Longman Dictionary of Contemporary English, 2003, p. 1874-1875. Cf. Collins Cobuild advanced learner’s English dictionary, 2003, p. 1653; The shorter Oxford English dictionary, 1959b, p. 1361. Oxford observa que nos verbos frasais *well off*, *ill off*, *better off*, *worse off*, *badly off*, *comfortably off*, etc., a particular *off* significa circunstanciado, condicionado, especialmente no que diz respeito aos meios de vida.

significar adequadamente o par de expressões “*better off*” e “*worse off*”, embora a ausência do uso de “*with/without*” na frase original reforce o uso da expressão em seu sentido primário em detrimento de seu sentido secundário ou derivado. Feita essa observação sobre os termos empregados por Rawls na definição de eficiência, prossigamos na compreensão do emprego desse conceito no raciocínio da liberdade natural.

Na interpretação da liberdade natural dos dois princípios, o conceito de eficiência diz respeito às principais instituições econômicas e sociais. É importante ver como essa aplicação é realizada e como a eficiência deixa de ser usada como conceito analítico e passa a ser usada como princípio.

Com efeito, o conceito de eficiência é destinado inicialmente à análise da configuração de um sistema econômico, a seus esquemas de produção e consumo, definindo-a como eficiente ou não. Por isso, a rigor, a eficiência não é um princípio no sentido de uma orientação da ação humana, mas um conceito analítico. Em Pareto, a eficiência é descrita como uma característica do equilíbrio econômico. Assim, toda situação de equilíbrio é uma situação eficiente, embora situação eficiente seja uma situação de equilíbrio. A questão é saber como o conceito de eficiência pode ser empregado para analisar não o mercado, mas o conjunto das principais instituições econômicas e sociais. Rawls sugere a interpretação da liberdade natural aplica o conceito de eficiência à análise da estrutura básica por meio de referência não às principais instituições econômicas e sociais diretamente, já que as instituições não sentem, obviamente, satisfação nos termos vistos, mas por meio de referência às expectativas de satisfação dos indivíduos representativos quanto às instituições. Assim, o conceito de eficiência empregado para analisar as expectativas de satisfação dos indivíduos representativos ou, simplesmente, a eficiência de uma estrutura básica, é enunciado por Rawls da seguinte forma:

Portanto, nós podemos dizer que um arranjo de direitos e deveres na estrutura básica é eficiente se e somente se for impossível mudar as regras, redefinir o esquema de direitos e deveres, de modo a aumentar as expectativas de qualquer homem representativo (pelo menos um) sem ao mesmo tempo

diminuir as expectativas de alguns (pelo menos um) outro homem representativo⁶⁸¹.

A interpretação da liberdade natural, no entanto, não considera a eficiência apenas como conceito analítico, mas também como princípio, como uma norma em sentido amplo, que serve de fundamento para a ação humana perante uma situação. Observemos a continuação da passagem transcrita há pouco:

É claro, essas alterações precisam ser consistentes com os outros princípios. Isto é, ao mudar a estrutura básica, não nos é permitido violar o princípio de liberdade igual ou o requisito de posições abertas. O que pode ser alterado é a distribuição de renda e riqueza e o modo em que poderes organizacionais e várias outras formas de autoridade regulam atividades cooperativas. Consistente com as restrições de liberdade e acessibilidade, a alocação desses bens primários pode ser ajustada para modificar as expectativas dos indivíduos representativos. Um arranjo da estrutura básica é eficiente quando não há forma de mudar essa distribuição de modo a aumentar as perspectivas de alguns sem diminuir as perspectivas de outros⁶⁸².

Não há transformação substantiva no próprio enunciado da eficiência nesta citação em relação à citação anterior, mas no contexto que lhe serve de base. Depreende-se que uma alteração deverá ser feita em busca de uma nova situação: a situação eficiente. Os objetos de alteração são os conjuntos das normas sobre distribuição de renda e riqueza e das normas que regem as atividades sociais, vistas como atividades cooperativas. Isso alterará as expectativas dos indivíduos representativos. Essas alterações, na óptica da liberdade natural sobre os dois princípios, lembra-nos Rawls, não podem, evidentemente, violar os demais acordos da posição original: a liberdade igual e as posições sociais abertas. Feita a reestruturação das normas sobre distribuição de bens e riquezas e das normas sobre cooperação social, se não houver forma de mudar novamente essa estrutura de modo a aumentar as perspectivas de uns sem diminuir as

⁶⁸¹ John Rawls, 1971, p. 70; *id.*, 1999a, p. 61. “Thus we can say that an arrangement of rights and duties is the basic structure is efficient if and only if it is impossible to change rules, to redefine the scheme of rights and duties, so as to raise the expectation of any representative man (at least one) without at the same time lowering the expectations of some (at least one) other representative man.”

⁶⁸² John Rawls, 1971, p. 70; *id.*, 1999a, p. 61. “Of course, these alterations must be consistent with the other principles. That is, in changing the basic structure we are not permitted to violate the principle of equal liberty or the requirement of open positions. What can be altered is the distribution of income and wealth and the way in which organizational powers, and various other forms of authority, regulate cooperative activities. Consistent with the constraints of liberty and accessibility, the allocation of these primary goods may be adjusted to modify the expectations of representative individuals. An arrangement of the basic structure is efficient when there is no way to change this distribution so as to raise the prospects of some without lowering the prospects of others.”

perspectivas de outros, ter-se-á uma estrutura básica eficiente. O emprego do conceito de eficiência revelará um estado de fato: a concretização do princípio da eficiência.

Rawls evidencia a existência de várias possibilidades de arranjo eficiente da estrutura básica, da mesma forma que existem várias possibilidades de configuração econômica eficiente, em que cada uma especifica determinada divisão de vantagens da cooperação social. Então, o problema é escolher uma dessas possibilidades. Essa questão é colocada em evidência não só por Rawls, mas também por todos que lidam com o problema da alocação eficiente, inclusive por Pareto. Nesse ponto, em que as várias possibilidades de alocação ou de repartição eficiente estão dadas, é preciso decidir. Apenas duas hipóteses de decisão surgem. Primeiro, a hipótese em que não se decide surge. No fundo, o não decidir é uma decisão e, nesse caso, a decisão consistiria em dizer que qualquer arranjo eficiente convém. Aqui, escolhe-se arbitrariamente. A ideia que surge, diz Rawls, é a de que, na medida em que o sistema social for eficiente, qualquer arranjo distributivo poderia ser declarado como igualmente justo. Intuitivamente, sabemos que, se um estoque for alocado inteiramente a uma pessoa em detrimento das outras noventa e nove, ainda que essa alocação seja eficiente, ela não tem como ser declarada uma alocação justa. Rawls, por sua vez, nos lembra de que um sistema social em que vige a servidão, por exemplo, não tem como ser modificado sem diminuir as expectativas de alguns indivíduos representativos, nesse caso, as expectativas dos senhores feudais. Isso torna evidente o que sempre se soube: que não se pode arbitrariamente declarar qualquer arranjo eficiente como igualmente justo. O princípio da eficiência sozinho não tem como servir como concepção de justiça.

A segunda hipótese, logicamente, consiste em escolher um dentre os vários arranjos eficientes de acordo com um critério. A escolha entre diferentes tipos de repartição requer uma concepção que oriente a ação diante da repartição: uma concepção de justiça. Essa concepção é dada pela interpretação da liberdade natural, embora não só por ela. No item posterior ao próximo, veremos como a liberdade natural acrescenta uma concepção de justiça ao princípio da eficiência. Por ora, resta compreendido de que maneira a expressão “para a vantagem de todos”, parte do segundo princípio, pode ser interpretada por meio do princípio da eficiência. É claro que o princípio da eficiência não serve sozinho como concepção de justiça e que um acréscimo a ele precisa ser feito

para que haja uma concepção de justiça que envolva a eficiência, mas isso, como disse, será visto mais adiante. Por enquanto, esse complemento permanece como uma questão aberta. É preciso, agora, analisar a expressão o sentido da expressão “abertos a todos”, que também é parte integrante do segundo princípio.

4.3.1.2 Igualdade formal de oportunidade [*la carrière ouverte aux talents*]

A liberdade natural interpreta o segundo princípio atribuindo à expressão “abertos a todos” o sentido que lhe é dado pelo princípio da igualdade formal de oportunidades, que é visto, por Rawls, como equivalente à noção de carreiras abertas a talentos⁶⁸³.

É importante conhecer melhor a noção de carreiras abertas a talentos. Sua origem moderna é francesa e representa, nesse contexto, a oposição ao que chamo aqui de princípio da propriedade privada dos cargos estatais. No *Ancien Régime*, os cargos estatais, normalmente, eram privadamente negociados. Eles eram objeto de negócios como a compra e venda e objeto de transmissão hereditária. Cargos estatais eram quase sempre ocupados por parentes e parceiros negociais de antigos ocupantes. O princípio da propriedade privada dos cargos estatais só foi extinto por obra da Revolução Francesa e de Napoleão Bonaparte, não obstante a nobreza bonapartista⁶⁸⁴. Foi contra esse estado de posições hereditárias e privilégios⁶⁸⁵ que os revolucionários adotaram o slogan “a carreira aberta aos talentos” [*la carrière ouverte aux talents*]⁶⁸⁶. A extinção da propriedade privada dos cargos estatais foi acompanhada pela supressão das instituições educacionais eclesiasticamente controladas: a educação eclesiástica foi substituída pela educação secular. Nesse contexto, o principal objetivo do sistema educacional passou a ser o de prover o estado de autoridades eficientes e confiáveis⁶⁸⁷. As instituições educacionais e os cargos do estado passaram a ser abertos a todos, no sentido de que os exames de admissão passaram a ser iguais para todos.

⁶⁸³ John Rawls, 1971, p. 66; *id.*, 1999a, p. 57.

⁶⁸⁴ Harold Perkin, 1996, p. 77.

⁶⁸⁵ David Leslie Miller, 1999, p. 177.

⁶⁸⁶ Patrick Coleman, 1984, p. 78.

⁶⁸⁷ Harold Perkin, 1996, p. 78.

O princípio da igualdade formal de oportunidade está associado à expressão “*la carrière ouverte aux talents*”. Os talentos em questão designam a aptidão natural ou adquirida para se sair bem em alguma atividade⁶⁸⁸. A ideia é a de que os cargos e posições devem estar abertos às pessoas que possuam aptidão para desempenhar bem suas atribuições, com prioridade para as pessoas que possuam mais aptidão. Em Rawls, a noção de carreira aberta a talentos tem uma conotação mais ampla. Ele nos diz que a noção de carreiras abertas a talentos designa um sistema social em que cargos e posições estão abertos aos que forem capazes de e estiverem dispostos a lutar por eles⁶⁸⁹. Como os cargos e posições estão situados em diversas instâncias, de forma hierarquizada, uns são mais atrativos do que outros. O princípio da igualdade formal de oportunidade leva isso em conta e afirma que “todos devem ter, pelo menos, os mesmos direitos legais de acesso a todas as posições sociais privilegiadas”⁶⁹⁰. É nesse sentido que, para a interpretação da liberdade natural, posições e cargos devem ser abertos a todos. Assim, o princípio orienta que devem ser admitidos para o exercício de uma função os mais aptos a desempenhá-la da melhor forma e que isso deve ser aferido por meio de um processo seletivo igual para todos e voltado exclusivamente para a aferição da aptidão do candidato para o exercício das atribuições da posição ou do cargo em questão.

Penso que o princípio da igualdade formal de oportunidades e a noção de carreiras abertas a talentos estão caracterizados. Embora as noções de carreira aberta a talentos e de igualdade formal de oportunidade sejam estreitamente relacionadas, elas não são, a meu ver, idênticas. As definições do próprio Rawls mostram essas distinções. Caber registrar que, mesmo assim, Rawls faz uso das expressões “igualdade formal de oportunidade” e “carreira aberta a talentos” de modo equivalente e é por meio delas que ele caracteriza o sistema de liberdade natural.

4.3.1.3 A interpretação da liberdade natural quanto aos dois princípios

Nós vimos que “para a vantagem de todos” é interpretado como o princípio da eficiência e que “abertos a todos” é interpretado como princípio da igualdade formal de

⁶⁸⁸ Le Petit Robert, 2012, p. 2499.

⁶⁸⁹ John Rawls, 1971, p. 66; *id.*, 1999a, p. 57.

⁶⁹⁰ Harold Perkin, 1996, p. 78.

oportunidades. Estamos a um passo de compreender a interpretação da igualdade natural. Só resta fechar o raciocínio do princípio da eficiência aplicado à estrutura básica e é isso que vamos fazer agora. Retomemos o raciocínio.

Nós vimos que há várias possibilidades de arranjo eficiente da estrutura básica e que o problema consiste em escolher entre eles. Em outras palavras, como não se pode arbitrariamente declarar qualquer arranjo eficiente como igualmente justo, isto é, como o princípio da eficiência sozinho não tem como servir como concepção de justiça, surge a necessidade de complementar o princípio da eficiência, de adotar um critério de justiça que oriente a escolha, que seja capaz de identificar qual dos arranjos eficientes é um arranjo justo. Com efeito, a liberdade natural não sustenta que as desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que ambas sejam para a vantagem de todos no sentido de que, se não houver mais forma de mudar a estrutura básica de modo a aumentar as perspectivas de uns sem diminuir as perspectivas de outros, ter-se-á uma estrutura básica *justa*; ela sustenta que, se não houver mais forma de mudar essa estrutura nesses termos, ter-se-á uma estrutura básica *eficiente*. O sistema de liberdade natural complementa o princípio da eficiência ao restringi-lo por meio de certas *background institutions*. São as restrições efetivadas por meio delas que tornam justa uma distribuição eficiente: o sistema de liberdade natural aceita como justa qualquer distribuição eficiente que resulte dessas restrições⁶⁹¹.

Rawls nos explica como o sistema de liberdade natural seleciona uma distribuição eficiente como justa. Para tanto, Rawls solicita que suponhamos que, numa economia de mercado competitiva, renda e riqueza sejam distribuídas de modo eficiente e que cada distribuição eficiente resultante a cada momento ao longo do tempo seja determinada pela distribuição inicial de ativos, isto é, pela distribuição inicial de renda, riqueza, talentos naturais e habilidades. Nesse quadro, cada distribuição eficiente resultante corresponde a ou decorre de uma distribuição inicial. Isso significa que uma distribuição eficiente resultante só pode ser aceita como justa se as bases que determinam a distribuição inicial de ativos ao longo do tempo forem também aceitas como justas. A concepção da liberdade natural assume, portanto, um importante elemento de justiça

⁶⁹¹ John Rawls, 1971, p. 72; *id.*, 1999a, p. 62.

procedimental pura⁶⁹². Nesses termos, o sistema de liberdade natural seleciona como justa a distribuição eficiente resultante que corresponda à distribuição inicial de ativos determinada pelos arranjos implícitos na concepção de carreiras abertas a talentos, isto é, no princípio de igualdade formal de oportunidade. Assim, para o sistema de liberdade natural, uma distribuição eficiente de renda e riqueza é justa se ela resultar de uma distribuição inicial de cargos e posições regida pela igualdade formal de oportunidade. Na interpretação que o sistema de liberdade natural faz dos dois princípios, “para a vantagem de todos” pressupõe “abertos a todos”: o princípio da eficiência pressupõe o princípio da igualdade formal de oportunidade, de forma que o princípio da igualdade formal de oportunidade é prioritário em relação ao princípio da eficiência.

O sistema de liberdade natural complementa o princípio da eficiência ao restringi-lo por meio de certas *background institutions*. São as restrições efetivadas por meio delas que tornam justa uma distribuição eficiente: o sistema de liberdade natural aceita como justa qualquer distribuição eficiente que resulte dessas restrições⁶⁹³. De modo mais completo, a interpretação que a liberdade natural faz dos dois princípios tem como justa a distribuição eficiente realizada numa economia de livre mercado que resulte das restrições da igualdade formal de oportunidades e das restrições da liberdade igual definidas no primeiro princípio. É tendo essas restrições em conta que Rawls afirma que o sistema de liberdade natural complementa o princípio da eficiência restringindo-o por meio de certas *background institutions*⁶⁹⁴. As *background institutions*, no sistema de liberdade natural, são a liberdade igual e a igualdade formal de oportunidade e a economia de livre mercado pressuposta. Rawls as define indiretamente e de modo mais abstrato como as instituições políticas e jurídicas adequadas que regem o processo econômico e social estabelecido como o objetivo de resultar numa distribuição justa⁶⁹⁵. Eu preferi não fixar uma tradução para “*background institutions*” para não perder o teor semântico que “*background*” possui. Nessa expressão, “*background*” assume seu sentido mais amplo, que é o de situação passada ou dos eventos passados que explicam por que alguma coisa acontece da forma que acontece⁶⁹⁶. As *background institutions*

⁶⁹² John Rawls, 1971, p. 66; *id.*, 1999a, p. 58.

⁶⁹³ John Rawls, 1971, p. 72; *id.*, 1999a, p. 62.

⁶⁹⁴ John Rawls, 1971, p. 72; *id.*, 1999a, p. 62.

⁶⁹⁵ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁶⁹⁶ Longman Dictionary of Contemporary English, 2003, p. 93; Collins Cobuild advanced learner’s English dictionary, 2003, p. 89; The shorter Oxford English dictionary, 1959a, p. 135.

são instituições de fundo, instituições históricas, instituições de formação, instituições estruturantes em termos jurídicos e políticos. As *background institutions* são, portanto, as instituições políticas e jurídicas responsáveis pela formação do processo social e econômico ao longo dos tempos, de geração em geração.

Em suma, o sistema de liberdade natural interpreta o segundo princípio como o princípio da eficiência aplicado à estrutura básica da sociedade (“para a vantagem de todos”), constringido pelo princípio da igualdade formal de oportunidades ou carreira aberta a talentos em sentido amplo (“abertos a todos”): uma distribuição eficiente de renda e riqueza é justa se ela resultar de uma distribuição inicial de cargos e posições regida pela igualdade formal de oportunidade, de modo que a igualdade formal de oportunidade antecede a eficiência.

O problema que Rawls encontra na interpretação que a liberdade natural confere ao segundo princípio é a ausência de controle sobre o que ele chama em outras passagens de loteria social e de loteria natural. O sistema de liberdade natural, ao interpretar o segundo princípio dessa forma, diz Rawls, não faz esforço algum para preservar a igualdade de condições sociais ao longo do tempo, salvo o esforço para preservar a igualdade formal de oportunidade como critério de seleção entre arranjos eficientes. Por isso, a distribuição inicial de ativos para qualquer período ao longo do tempo acaba sendo fortemente influenciada por contingências naturais e por contingências sociais⁶⁹⁷. Assim, diz Rawls, a distribuição resultante de renda e riqueza nesse sistema é, na verdade, o resultado cumulativo de distribuições prévias de ativos naturais, isto é, talentos naturais e habilidades. Isso é um problema porque o uso dos ativos naturais, nesse sistema, é favorecido ou desfavorecido ao longo do tempo por circunstâncias sociais e por contingências da sorte como acidentes e episódios de boa sorte. Os ativos naturais são desenvolvidos ou desperdiçados ao acaso da sorte e das circunstâncias sociais e são eles que dessa forma, no fundo, acabam determinando a distribuição resultante de renda e riqueza no sistema de liberdade natural. Nas palavras de Rawls, “intuitivamente, a injustiça mais óbvia do sistema de liberdade natural é que ele permite

⁶⁹⁷ John Rawls, 1971, p. 72; *id.*, 1999a, p. 62.

que fatias distributivas sejam influenciadas impropriamente por esses fatores tão arbitrários de um ponto de vista moral”⁶⁹⁸.

4.3.2 Interpretação da igualdade liberal

A interpretação que a igualdade liberal confere à expressão “para a vantagem de todos” do segundo princípio o sentido que lhe é dado pelo princípio da eficiência. A igualdade liberal interpreta, por sua vez, a expressão “abertos a todos”, acrescentando, ao requisito da igualdade formal de oportunidade, o princípio da igualdade equitativa de oportunidade [*fair equality of opportunity*]. Desse modo, a interpretação liberal procura corrigir os problemas do sistema de liberdade natural. O princípio da eficiência e sua aplicação às principais instituições sociais foram vistos anteriormente. O princípio da igualdade equitativa de oportunidade será visto a seguir. Continuamos acompanhando o raciocínio de Rawls tendo em vista uma compreensão mais profunda do princípio da diferença.

4.3.2.1 Igualdade equitativa de oportunidade [*fair equality of opportunity*]

O princípio da igualdade equitativa de oportunidade é acrescentado ao requisito da igualdade formal de oportunidade na interpretação liberal. A conquista da igualdade jurídica de acesso a todas as posições sociais é mantida, de sorte que os mais aptos a desempenhar uma função da melhor forma continuam sendo admitidos por meio de um processo seletivo igual nos termos já vistos. Agora, observa Rawls, as posições sociais estarão abertas a todos não apenas em sentido formal⁶⁹⁹. Elas estarão abertas a todos em sentido substancial, no sentido de que todas as pessoas que tenham aptidões semelhantes deverão ter chances semelhantes na vida. A igualdade formal de oportunidade sozinha não permite isso. A simples igualdade jurídica de oportunidade permite que o uso dos ativos naturais seja favorecido ou desfavorecido ao longo do tempo por circunstâncias sociais e contingências da sorte, de modo que o acaso e as circunstâncias sociais acabam determinando a distribuição de renda e riqueza. A ideia

⁶⁹⁸ John Rawls, 1971, p. 72; *id.*, 1999a, p. 62.

⁶⁹⁹ John Rawls, 1971, p. 73; *id.*, 1999a, p. 63.

com a qual o princípio da igualdade equitativa de oportunidades trabalha é expressa por Rawls assim:

Em todos os setores da sociedade, deveria haver, em geral, perspectivas iguais de cultura e realização para todos os semelhantemente motivados e dotados. As expectativas daqueles com as mesmas habilidades e aspirações não deveriam ser afetadas por sua classe social⁷⁰⁰.

Um exemplo pode nos ajudar a compreender melhor o problema que o princípio da igualdade equitativa de oportunidade procura superar. Suponhamos que A e B disputam uma mesma vaga num concurso público e que A e B possuem os mesmos ativos naturais e a mesma vontade de fazer uso deles: ambos querem fazer o melhor uso de suas aptidões e habilidades. A teve a sorte de nascer numa família extremamente abastada e fruiu da melhor forma de todos os meios disponíveis de preparação para o exame. Já B, no entanto, nasceu numa família extremamente pobre e, embora quisesse, não teve como fruir dos meios de preparação para o exame. Ainda que ambos tenham os mesmos talentos naturais e a mesma vontade de fazer uso deles, é evidente que, nesse caso, as chances de B ser aprovado são tão pequenas quanto as de A ser reprovado. O princípio da igualdade formal de oportunidade impede que fatores como o nepotismo e o compadrio determinem o resultado, mas não impede que a arbitrariedade das circunstâncias sociais e econômicas decida a aprovação de A e a reprovação de B. O princípio da igualdade equitativa de oportunidade afirma que todos os semelhantemente dotados e motivados devem ter as mesmas chances de fruir da cultura e de conseguir seus objetivos, independentemente da faixa de renda de suas famílias, independentemente de seus lugares iniciais no sistema social, independentemente das contingências da má sorte que tiveram⁷⁰¹.

A questão é saber como diminuir a influência das contingências sociais e dos acidentes sobre a distribuição. A realização da igualdade equitativa de oportunidade, conta-nos Rawls, requer o estabelecimento de arranjos na economia de mercado por meio de uma estrutura de instituições políticas e jurídicas que regulem as tendências mais amplas dos eventos econômicos e as condições sociais de oportunidade: os elementos dessa

⁷⁰⁰ John Rawls, 1971, p. 73; *id.*, 1999a, p. 63. “In all sectors of society there should be roughly equal prospects of culture and achievement for everyone similarly motivated and endowed. The expectations of those with the same abilities and aspirations should not be affected by their social class”.

⁷⁰¹ John Rawls, 1971, p. 73; *id.*, 1999a, p. 63.

estrutura institucional são os que evitam a acumulação *excessiva* de propriedade e riqueza e os que sustentem oportunidades iguais de educação para todos⁷⁰². Em suas palavras: “as chances de adquirir conhecimento cultural e habilidades não deveriam depender da posição de classe de alguém e, portanto, o sistema escolar, seja público ou privado, deveria ser projetado para diminuir as barreiras de classe”⁷⁰³.

4.3.2.2 A interpretação da igualdade liberal quanto aos dois princípios

O sistema da igualdade liberal interpreta o segundo princípio como o princípio da eficiência aplicado à estrutura básica da sociedade (“para a vantagem de todos”), constringido por dois princípios: o princípio da igualdade formal de oportunidade ou da carreira aberta aos talentos em sentido amplo e o princípio da igualdade equitativa de oportunidade (“aberto a todos”). Os dois princípios são cumulados. Com efeito, várias estruturas básicas podem atender o princípio da eficiência. Será uma estrutura básica não só eficiente, mas também justa aquela que resulte de uma distribuição de cargos e posições regida pela igualdade formal de oportunidade e pela igualdade equitativa de oportunidades. Esses dois princípios, portanto, antecedem a eficiência.

De forma mais analítica, o adepto da interpretação liberal sustenta que as normas sobre distribuição de bens e riquezas e as normas sobre cooperação social devem ser reestruturadas em busca de uma estrutura básica em que não haja modo de aumentar as expectativas de bem-estar de pelo menos um indivíduo representativo sem diminuir as expectativas de outro. No entanto, como há várias possibilidades de distribuição eficiente de expectativas de bem-estar, o liberal sustenta que, dentre elas, a distribuição justa é a que resulta de (1) uma *igualdade formal* de acesso a todas as posições, de sorte que os mais aptos para desempenhar uma função são admitidos por meio de um processo seletivo igual e de (2) uma *igualdade de chances* de acesso a todos os semelhantemente aptos e motivados a todas as posições, que é conseguida por meio de instituições políticas e jurídicas reguladoras das tendências mais amplas dos eventos

⁷⁰² John Rawls, 1971, p. 73; *id.*, 1999a, p. 63.

⁷⁰³ John Rawls, 1971, p. 73; *id.*, 1999a, p. 63. “Chances to acquire cultural knowledge and skills should not depend upon one’s class position, and so the school system, whether public or private, should be designed to even out class barriers”.

econômicos e das condições sociais de oportunidade, evitando a acumulação *excessiva* de bens e riqueza e promovendo um sistema de educação, seja público, seja privado, que diminua as barreiras de classe no acesso às diversas posições.

Rawls faz duas críticas intuitivas à interpretação liberal, embora a interpretação liberal lhe pareça claramente preferível à interpretação da liberdade natural⁷⁰⁴. A primeira é a crítica que vou chamar aqui de crítica da loteria natural. A segunda é a crítica que denomino aqui de crítica da imperfeição da igualdade equitativa de oportunidade.

A crítica da loteria natural consiste em observar que, ainda que o sistema da igualdade liberal funcione perfeitamente, isto é, ainda que ela elimine perfeitamente a influência das contingências sociais na distribuição de renda e riqueza por meio da igualdade equitativa de oportunidades, ela ainda permite a influência da distribuição natural de habilidades e talentos nesse processo⁷⁰⁵. Em outras palavras, observa Rawls, os limites definidos pelas *background institutions* deixam que a distribuição de renda e riqueza seja decidida pelo resultado da loteria da natureza⁷⁰⁶. Rawls justifica sua crítica ao resultado da loteria natural da mesma forma como justifica sua crítica ao resultado da loteria social: o fato de o resultado da distribuição de renda e riqueza ser determinado pelo resultado da loteria natural é arbitrário de um ponto de vista moral; com efeito, assim como não há motivos para aceitar que a distribuição de ativos naturais seja feita pela casualidade histórica e social, não há motivos para aceitar que ela seja feita pela casualidade natural⁷⁰⁷.

A crítica da imperfeição da igualdade equitativa de oportunidade reconhece que a igualdade equitativa só pode ser realizada imperfeitamente: é impossível assegurar chances iguais de acesso à cultura e de realização ou alcance para os semelhantemente dotados⁷⁰⁸. É impossível que A e B, tendo os mesmos ativos naturais, tenham neutralizadas, por meio da igualdade equitativa, todas as circunstâncias sociais diferentes que os cercam. Isso acontece porque a extensão em que as capacidades

⁷⁰⁴ John Rawls, 1971, p. 73; *id.*, 1999a, p. 63-64.

⁷⁰⁵ John Rawls, 1971, p. 73-74; *id.*, 1999a, p. 64.

⁷⁰⁶ John Rawls, 1971, p. 74; *id.*, 1999a, p. 64.

⁷⁰⁷ John Rawls, 1971, p. 74; *id.*, 1999a, p. 64.

⁷⁰⁸ John Rawls, 1971, p. 74; *id.*, 1999a, p. 64. "It is impossible in practice to secure equal chances of achievement and culture for those similarly endowed [...]"

naturais se desenvolvem e alcançam função é afetada por todos os tipos de problemas sociais e atitudes de classe e é impossível controlá-los todos. Só o fato de a instituição da família existir, lembra Rawls, mostra a impossibilidade da plena igualdade equitativa. O autor pondera que a própria vontade de fazer um esforço para alcançar um objetivo, um cargo, uma posição, de tentar realizar esse objetivo e de assim ser merecedor de sua conquista é ela mesma dependente de circunstâncias sociais felizes e de circunstâncias familiares felizes. A vontade depende das circunstâncias sociais vividas pelo indivíduo. Rawls afirma que, por isso, é preciso reconhecer o fato de que é impossível assegurar a plena igualdade equitativa na prática⁷⁰⁹.

Considerando a crítica da imperfeição da igualdade equitativa (é impossível neutralizar todas as contingências sociais) e a crítica da loteria natural (ainda que a igualdade equitativa fosse perfeita, a distribuição liberal de renda e riqueza é decidida pelo resultado da loteria natural de habilidades e talentos), Rawls sugere ser preciso adotar um princípio que reconheça o fato da impossibilidade de plena igualdade equitativa (a impossibilidade de eliminar plenamente as contingências sociais) e que mitigue os efeitos arbitrários da loteria natural (que reconheça também o fato da impossibilidade de eliminar plenamente os efeitos arbitrários da loteria natural)⁷¹⁰. Esse princípio, como será visto posteriormente, é o princípio da diferença.

Como se pode notar, as duas críticas são direcionadas, no fundo, à falta de um princípio que mitigue a influência do resultado da loteria natural. O grande problema da interpretação liberal do segundo princípio na visão do autor é deixar a distribuição ser determinada pelo acaso da repartição de talentos e habilidades, distribuição essa cujos contemplados pelas melhores situações não podem se declarar merecedores. A segunda crítica não é uma justificativa para não adotar o princípio da igualdade equitativa de oportunidade. Ela apenas exerce as funções de, entre possíveis outras, detalhar o raciocínio da primeira crítica, de conferir realismo às expectativas de plena igualdade equitativa de oportunidade e de preparar as expectativas de quem acompanha o raciocínio para a sequência das próximas interpretações do segundo princípio.

⁷⁰⁹ John Rawls, 1971, p. 74; *id.*, 1999a, p. 64.

⁷¹⁰ John Rawls, 1971, p. 74; *id.*, 1999a, p. 64.

4.3.3 Interpretação da aristocracia natural

A interpretação da aristocracia natural interpreta “para a vantagem de todos” como expressão do princípio da diferença e interpreta “abertos a todos” como expressão do princípio da igualdade formal de oportunidade, equivalente da noção de carreiras abertas a talentos, informa-nos Rawls⁷¹¹. Notamos, portanto, que a aristocracia natural substitui o princípio da eficiência pelo princípio da diferença na interpretação de “para a vantagem de todos”. Como o princípio da igualdade formal de oportunidade já foi discutido no item da liberdade natural, só nos resta compreender o princípio da diferença. Continuamos acompanhando o raciocínio de Rawls tendo em vista uma compreensão mais profunda do segundo princípio.

4.3.3.1 O ideal aristocrático

A aristocracia natural interpreta os dois princípios transpondo o ideal aristocrático para um sistema social juridicamente aberto a todos⁷¹². É preciso entender o sentido do ideal aristocrático expresso pela frase *noblesse oblige*, que está, na aristocracia natural, relacionado ao princípio da diferença.

A aristocracia é definida por Aristóteles como a forma de governo em que algumas pessoas, as melhores em termos políticos, governam no interesse da cidade-estado⁷¹³. Em sendo o governo de algumas pessoas, as melhores no interesse da cidade, a aristocracia não se confunde com a oligarquia, que é o governo de algumas pessoas em interesse próprio. As definições aristotélicas das várias formas de governo e de constituição contemplam mais do que a quantidade de governantes no exercício do poder. Governar no interesse da cidade ou em interesse próprio indica a realização ou a não realização, respectivamente, da justiça em sentido universal. Na vida pública, as pessoas justas em sentido universal são aquelas que realizam as boas relações sociais e que estão em conformidade com as normas jurídicas. É preciso observar que, para definir as formas de governo e de constituição, Aristóteles considera não apenas o

⁷¹¹ John Rawls, 1971, p. 74; *id.*, 1999a, p. 64.

⁷¹² John Rawls, 1971, p. 74; *id.*, 1999a, p. 64.

⁷¹³ Aristotle, 1994, p. 476; *id.*, 2005, p. 205-207.

número de pessoas que exercem o poder político e o tipo de interesse que move suas ações, mas também a condição econômica de quem governa. A forma oligárquica de governo e de constituição estabelece que as pessoas superiores em termos econômicos devem ter direitos políticos superiores, de modo que são elas que devem exercer o poder. A forma democrática de governo e de constituição, por sua vez, estabelece que todas as pessoas livres devem ter os mesmos direitos políticos, de modo que são todas elas que devem exercer o poder. Aristóteles pondera que, comumente, a minoria dos cidadãos é rica e a maioria dos cidadãos é pobre. Por isso, é possível definir a oligarquia como o governo dos poucos cidadãos ricos em seu próprio interesse, ao passo que a democracia é o governo dos muitos cidadãos pobres em seu próprio interesse. Vale lembrar que a oligarquia é a forma degenerada da aristocracia, assim como a democracia [*δημοκρατία*] é a forma degenerada do governo constitucional propriamente dito [*πολιτεία*].

Aristóteles critica as formas de governo e de constituição oligárquicas e democráticas⁷¹⁴. Para Aristóteles, elas cometem não só o erro de estabelecer governos em interesse próprio, mas também o de considerar apenas a propriedade, no caso da oligarquia, e apenas a liberdade, no caso da democracia, como critérios suficientes para habilitar alguém ao exercício do poder político. O fundamento da crítica de Aristóteles a essas formas degeneradas de governo é o reducionismo de seus critérios, reducionismo que não leva em consideração a finalidade da existência da cidade-estado. A cidade-estado não é formada apenas para aumentar a propriedade ou apenas para realizar a liberdade: ela é formada para promover a vida boa, a vida em que a amizade frutifica como resultado das boas relações. Para Aristóteles, o poder político deve ser exercido por aqueles que, em sendo livres e em tendo resolvido sua situação econômica, não sendo necessariamente os mais ricos nem necessariamente os mais pobres, contribuem de forma excelente para o fortalecimento da comunidade política. Assim, são as melhores pessoas ou as pessoas que agem da melhor forma para promover os interesses para a cidade-estado que devem governar. As honrarias da cidade-estado devem ser igualmente distribuídas entre os cidadãos na proporção de seus méritos. Os melhores recebem mais honrarias e seus postos são superiores. É justo que os que façam o melhor para a cidade-estado no entendimento dos cidadãos exerçam o poder político. A

⁷¹⁴ Aristotle, 1994, p. 488; *id.*, 2005, p. 281-285.

hierarquia política superior decorre da excelência das ações dos que exercem o poder no interesse da cidade-estado, isto é, tendo em vista a boa vida na cidade-estado. O governo aristocrático se sustenta com base no apoio que todos os cidadãos conferem ao exercício do poder político pelos melhores. Esse apoio expressa o apoio dos cidadãos à igualdade em sentido proporcional, isto é, à justiça em sentido distributivo. O governo aristocrático é o governo de alguns no sentido do exercício, mas é também o governo de todos, no sentido do apoio conferido por todos os cidadãos a essa forma de governo e de constituição. As melhores pessoas se sucedem no exercício do poder na medida em que suas qualidades atendem ao interesse da cidade-estado.

As definições das várias formas de governo e de constituição estão relacionadas, portanto, em Aristóteles, à teoria da justiça. A conformidade do governante às boas relações sociais e às normas jurídicas (justiça universal) e à igualdade proporcional quanto ao mérito na ocupação dos postos (justiça distributiva) é uma questão importante para a classificação das formas de governo e de constituição. É claro que a teoria da constituição de Aristóteles antecede a experiência histórica do feudalismo. É precisamente contra o sistema aristocrático feudal do medievo que o liberalismo político se insurge. George Santayana, autor da transição do século XIX para o século XX, recupera o sentido de aristocracia incluindo notoriamente o sentido que ela adquiriu no curso da época medieval. Santayana observa que a aristocracia encontra sua expressão idealizada no teísmo. Numa das interpretações da cosmologia teísta, uma parte do que existe compreende valores finitos, cada coisa possuindo, em seu lugar, um valor, ao passo que a outra parte do que existe compreende os valores infinitos da deidade. Em outra de suas interpretações, a deidade é o conjunto da natureza e, nesse conjunto, cada ser nada mais faz do que realizar um tipo de bem numa posição hierárquica definida. O teísmo sustenta que cada habitante desse mundo, ao assumir a posição que lhe foi destinada, é feliz. A forma aristocrática de governo, embora não fundada necessariamente numa em deidade, mas estando vinculada a ela no medievo, sustenta a mesma coisa. O argumento é o de que mesmo o ocupante da hierarquia mais inferior realiza uma dimensão do bem ou vive em função do ideal de bem que toda posição possui. Essas concepções sustentam que todos os ofícios, mesmo as mais inferiores em termos hierárquicos, são ou podem ser vocações e que, do avanço na hierarquia, poderia decorrer uma real perda de dignidade e de felicidade para quem avança. Assim, para a

concepção aristocrática, observa Santayana, um músico raramente se beneficiaria em ser um almirante, assim como uma dona de casa raramente se beneficiaria em ser *prima dona* de uma ópera. A questão está relacionada aos talentos. O talento para cantar ópera é diferente do talento para cuidar de uma casa, assim como o talento para comandar uma embarcação no teatro de guerra é diferente do talento para tocar violino. Não é, portanto, a mera desigualdade que pode ser censurada no ideal aristocrático e no ideal teísta, observa Santayana. A crítica que se faz é à frustração dessas naturezas desiguais e ao conseqüente sofrimento imposto a todas elas. O problema é a impossibilidade de transição para a posição que permita a realização do talento em questão. Disso decorre a dor impingida a quem é submetido pelo poder a essa condição. Santayana prossegue na reflexão sobre a relação entre desigualdade e sofrimento. A imposição de sofrimento que cada privilégio da posição superior impõe à posição inferior consiste numa situação reprovável. Não há compensação ou harmonia celestial de cosmologia alguma que elida o fato do sofrimento. Considerando esse forte problema da sociedade estamentária, pode-se supor que, em havendo real possibilidade de mudança de posição para realização de talentos, em havendo plena satisfação no desempenho daquilo que cada um faz bem, a mera desigualdade deixe de ser um problema. Do mesmo modo, cada privilégio que, na hierarquia acima, deixe a hierarquia abaixo em melhor situação, sem sofrimento, não tem, por si só, como consistir em situação reprovável. Isso leva Santayana a afirmar que:

[...] na medida em que as pessoas permaneçam naquilo que um otimista tão inestimável pode chamar de o baixo nível de pensamento sensual, e na medida em que nós imaginemos que nós existimos e sofremos, um regime aristocrático só pode ser justificado ao radiar benefícios e ao provar que menos fosse dado àqueles acima, menos seria conseguido por aqueles abaixo deles⁷¹⁵.

O ideal aristocrático fornece, portanto, uma justificação para a existência de uma hierarquia social e para os privilégios hauridos pelos ocupantes das posições mais elevadas: a hierarquia e seus privilégios só se justificam pela irradiação de benefícios no sentido de que, se menos fosse dado a quem ocupa as posições hierarquicamente superiores, menos teria sido conseguido por quem ocupa as posições hierarquicamente

⁷¹⁵ George Santayana, 1905, p. 109. “But so long as people remain on what such an invaluable optimist might call the low level of sensuous thought, and so long as we imagine that we exist and suffer, an aristocratic regimen can only be justified by radiating benefit and by proving that were less given to those above less would be attained by those beneath them.”

inferiores. É essa justificação que é expressa por meio do provérbio *noblesse oblige*. Com efeito, “quem pretende ser nobre, deve se conduzir nobremente”⁷¹⁶ ou “a nobreza cria o dever de fazer honra a seu nome”⁷¹⁷. Por extensão e em outras palavras, a ação de quem ocupa uma posição superior deve ser compatível com as atribuições do cargo superior por ele ou por ela ocupado, pois, de outro modo, não se justifica que as atribuições ou privilégios lhe tenham sido conferidos. Isso é assim porque as atribuições ou privilégios do cargo existem em benefício precípua da comunidade política ou do estado e não em benefício precípua de quem ocupa o cargo. A maioria beneficia-se muito mais em ter uma minoria de excelência ocupando os cargos superiores do que em não tê-la. Assim, as obrigações suscitadas pelo privilégio devem corresponder de modo inequívoco a benefícios produzidos que de outra maneira não teriam sido produzidos para as posições não privilegiadas. O provérbio acaba por lembrar, portanto, à minoria dirigente, a relação entre o privilégio de sua posição e responsabilidade que ela traz consigo⁷¹⁸.

4.3.3.2 A interpretação da aristocracia natural quanto aos dois princípios

A interpretação da aristocracia natural do segundo princípio de que fala Rawls tem Santayana por referência, embora, certamente, Aristóteles esteja na base de Santayana. Rawls não é defensor da aristocracia natural, assim como não é defensor da liberdade natural e da igualdade liberal. A aristocracia natural é apenas uma forma possível de interpretação da segunda aproximação dos dois princípios da justiça, como observou Robert Rodes⁷¹⁹. Vimos que o ideal aristocrático sustenta que os melhores devem ocupar as melhores posições sociais e que os privilégios das posições superiores são legítimos desde que as ações dos ocupantes dessas posições honrem suas posições e beneficiem os que estão em posições inferiores de modo inequívoco, de sorte que se consiga provar que menos lhes tivesse sido dado, menos teria sido conseguido pelos demais cidadãos.

⁷¹⁶ Institut de France, 1835, p. 267. « Quiconque prétend être noble, doit se conduire noblement ».

⁷¹⁷ Le Petit Robert, 2012, p. 1694. « La noblesse crée le devoir de faire honneur à son nom ».

⁷¹⁸ Karen Stephenson, 1991, p. 1. “*Noblesse oblige* is a phrase typically associated with the dual concepts of privilege and responsibility.” (Grifo no original).

⁷¹⁹ John Rawls, 1971, p. 74; *id.*, 1999a, p. 64.

Ao refletir sobre as possíveis interpretações que o segundo princípio aplicado à estrutura básica suscita, Rawls observa que, no sistema de aristocracia natural, as vantagens conseguidas pelos melhores, isto é, pelas pessoas naturalmente mais dotadas ou com mais talentos *devem ser limitadas às vantagens que aumentam o bem dos setores mais pobres da sociedade*⁷²⁰. Em outras palavras, o ideal aristocrático é uma interpretação possível para a expressão “vantajoso para todos”. A ideia básica do princípio da diferença é a de que as desigualdades devem favorecer quem está na posição menos favorecida. Isso precisa ser mais detalhado, mas essa noção é suficiente por enquanto. O princípio da diferença e o ideal aristocrático de *noblesse oblige* tal como caracterizado anteriormente por Santayana, podem ser considerados como iguais. No entanto, a rigor, o ideal aristocrático procura atender às exigências do princípio da diferença e não o contrário. Explicarei isso em breve. Prosseguindo com o raciocínio, como os cargos e posições são abertos a todos nos termos da igualdade formal de oportunidades, a aristocracia natural nada mais faz do que transportar o ideal aristocrático para uma sociedade aberta. Sua qualificação como natural diz respeito propriamente à característica de cargos e posições estarem abertos a todos os talentos.

Em suma, o sistema de aristocracia natural interpreta o segundo princípio como o princípio da diferença aplicado à estrutura básica da sociedade (“para a vantagem de todos”), no sentido de que os benefícios ou privilégios hauridos pelos ocupantes naturalmente mais talentosos das posições sociais e econômicas superiores devem ser limitados àqueles que aumentam o bem dos setores mais pobres da sociedade, e como o princípio da igualdade formal de oportunidades ou de carreira aberta a talentos em sentido amplo (“abertos a todos”). Uma distribuição de renda e riqueza é justa se ela resultar de uma distribuição inicial de cargos e posições regida pela igualdade formal de oportunidade e se os ocupantes dos cargos e posições agirem com todo seu talento, envidarem todos os seus melhores esforços, para a melhoria da renda e da riqueza dos setores mais pobres da sociedade. A razão da melhor situação de quem está nos melhores postos é a melhoria da situação de quem está nos piores postos. Desse modo, na interpretação da aristocracia natural, o princípio da diferença antecede o princípio da igualdade formal de oportunidade.

⁷²⁰ John Rawls, 1971, p. 74; *id.*, 1999a, p. 64.

Rawls observa que a interpretação da aristocracia natural é instável, uma vez que a determinação das parcelas distributivas é perturbada pela influência do acaso natural permitida pela igualdade formal de oportunidade. No que toca a esse ponto, a aristocracia natural não se distingue da liberdade natural. A distinção entre as duas interpretações está no fato de que a aristocracia natural continua adotando, num sistema social juridicamente aberto a todos, o ideal aristocrático. A aristocracia natural é tão instável quanto a interpretação da igualdade liberal, uma vez que, nela, a determinação das parcelas distributivas é perturbada pela influência das contingências sociais permitida pelo princípio da eficiência, sendo essa influência controlada apenas pela igualdade equitativa de oportunidade. No entanto, a aristocracia natural se distingue da liberdade natural ao sustentar que “as vantagens das pessoas com maiores dons naturais devem ser limitadas àquelas que aumentam o bem dos setores mais pobres da sociedade”. Desse modo, a interpretação da aristocracia natural padece da mesma arbitrariedade moral de que padece a interpretação da igualdade liberal. Nenhuma das duas tentativas de correção da interpretação da liberdade natural nem a própria liberdade natural satisfazem Rawls na interpretação dos dois princípios. Para Rawls, a única interpretação satisfatória dos dois princípios é a da igualdade democrática, que veremos a seguir.

4.3.4 Interpretação da igualdade democrática

Foram vistas várias interpretações possíveis dos dois princípios, a liberdade natural, a igualdade liberal e a aristocracia natural. Duas considerações são feitas por Rawls a respeito delas. Por um lado, todas são consideradas por Rawls como moralmente arbitrárias: elas permitem que a participação das pessoas nos bônus e ônus da cooperação social seja valorada ou determinada de acordo com sua sorte social e/ou sua sorte na loteria natural. Assim, observa Rawls, qualquer que seja o modo de afastar-se da liberdade natural, não há como ficar satisfeito com nada que não seja a interpretação da igualdade democrática⁷²¹. Por outro lado, nenhuma das interpretações consiste em argumento para a concepção da igualdade democrática. Como a teoria da justiça como equidade é uma teoria contratualista, todos os argumentos devem ser feitos, a rigor, na

⁷²¹ John Rawls, 1971, p. 75; *id.*, 1999a, p. 65.

posição original. As interpretações dos dois princípios, especialmente as interpretações do segundo princípio, justifica Rawls, têm a função de preparar a apresentação da interpretação que as partes preferem na posição original, de sorte que ela não choque a leitora ou o leitor como uma interpretação muito excêntrica ou estranha⁷²². A comparação com outras interpretações possíveis permite uma compreensão mais profunda da interpretação mais adequada e que a não apresentação do raciocínio que leva as partes na posição original aos dois princípios não interfere nessa compreensão. Vale observar, no entanto, que a interpretação favorita das partes na posição original trata todo mundo igualmente como pessoa moral e não valora as parcelas dos bônus e ônus da cooperação social nem segundo sua sorte social nem segundo sua sorte na loteria natural. Feitas essas considerações sobre as interpretações anteriores, Rawls passa à interpretação da igualdade democrática do segundo princípio.

A igualdade democrática interpreta “para a vantagem de todos” como expressão do princípio da diferença e interpreta “abertos a todos” acrescentando ao requisito da igualdade formal de oportunidade o princípio adicional da igualdade equitativa de oportunidade. A igualdade democrática é a interpretação que faltava na análise combinatória dos princípios da eficiência e da diferença no que tange à vantagem de todos e dos princípios da igualdade formal e da igualdade equitativa no que tange à abertura a todos. A igualdade equitativa é vista sempre como um aprofundamento da igualdade formal, de forma que ao mencionar a igualdade equitativa a igualdade formal é pressuposta. Isso foi visto na interpretação liberal do segundo princípio. Essa inclusão é deixada clara por Rawls quando ele, ao explicar a interpretação da igualdade democrática, se refere à igualdade equitativa como o princípio liberal da igualdade equitativa de oportunidade⁷²³.

Como sabemos, os dois princípios são organizados em ordem serial. Na igualdade democrática, o primeiro princípio é interpretado como princípio da liberdade igual e o segundo princípio é interpretado como a combinação entre o princípio da igualdade equitativa, que vem antes, em primeiro lugar, e o princípio da diferença, que vem depois, em segundo lugar. Desse modo, a liberdade individual é assegurada igualmente

⁷²² John Rawls, 1971, p. 75; *id.*, 1999a, p. 65.

⁷²³ John Rawls, 1971, p. 83; *id.*, 1999a, p. 73.

a todas as pessoas e as desigualdades sociais e econômicas não são admitidas, a menos que elas estejam em conformidade com a igualdade equitativa de oportunidades inclusiva da igualdade formal e com o princípio da diferença. O princípio da diferença foi comentado superficialmente quando da apresentação da interpretação da aristocracia natural. Com todos os pressupostos da teoria esclarecidos, é chegado o momento de compreender de forma mais detida seu significado.

4.3.4.1 O princípio da diferença

O princípio da diferença afirma que as desigualdades sociais e econômicas só são justas se e somente se as maiores expectativas daqueles em melhor situação funcionem como parte de um esquema que melhore as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade, afirmação que está ligada à ideia intuitiva de que “[...] a ordem social não deve estabelecer e assegurar as perspectivas mais atrativas dos mais abastados a menos que fazer isso seja para a vantagem daqueles menos afortunados”⁷²⁴. Cabe registrar que Rawls defende a adoção do princípio da diferença na presunção de que esse princípio observe a estrutura institucional requerida pelo princípio da liberdade igual e pelo princípio liberal da igualdade equitativa de oportunidades⁷²⁵.

Como disse, Rawls ilustra o princípio da diferença. Ele considera a distribuição de renda entre classes sociais ou grupos de renda. Ele considera, ainda, que cada classe ou grupo esteja correlacionado a indivíduos representativos, cujas expectativas são referências para a distribuição e que essa distribuição se passe numa democracia do pertencimento da propriedade [*property-owning democracy*], em que as injustiças sociais que agora existem estão removidas. As pessoas que começam a vida como membros da classe empresarial têm melhores perspectivas do que as que começam como membros da classe dos trabalhadores não especializados [*unskilled workers*]. Diante disso, observa Rawls, a questão é saber como justificar esse tipo de desigualdade nas perspectivas de vida. De acordo com o princípio da diferença, essa desigualdade inicial é justificável apenas se a diferença nas expectativas for para a vantagem do

⁷²⁴ John Rawls, 1971, p. 75; *id.*, 1999a, p. 65. “[...] the social order is not to establish and secure the more attractive prospects of those better off unless doing so is to the advantage of those less fortunate”.

⁷²⁵ John Rawls, 1971, p. 75; *id.*, 1999a, p. 65.

indivíduo representativo que é menos abastado, nesse caso, o trabalhador não especializado. Em outras palavras, a desigualdade de perspectivas é permissível somente se a diminuição das expectativas da classe empresarial deixar a classe dos trabalhadores não especializados ainda mais pauperizada. Para Rawls, as maiores expectativas permitidas aos empresários, dadas as posições abertas equitativamente e a liberdade generalizada, encorajam-nos a fazer coisas que aumentam as perspectivas de longo prazo da classe trabalhadora: suas melhores perspectivas agem como incentivos, de modo que o processo econômico se torna mais eficiente, a inovação tecnológica avança mais rapidamente e, finalmente, os benefícios resultantes se espalham pelo sistema e para os menos favorecidos⁷²⁶.

Dada essa definição básica e ilustrado o princípio da diferença, Rawls faz uma observação sobre as contribuições positivas e negativas ao princípio da diferença, o que resulta numa tipologia da justiça dos esquemas distributivos; considera a relação entre o princípio da diferença e o princípio da eficiência; e desenvolve duas complicações a respeito do princípio da diferença. Acompanhemos essa sequência. Em tempo, é verdade que ele também detalha a dimensão econômica do princípio da diferença.

4.3.4.2 As contribuições marginais ao princípio da diferença: três esquemas distributivos

Ao aplicar o princípio da diferença, observa Rawls, é preciso distinguir entre dois casos: o caso em que as contribuições marginais dos mais abastados são positivas e o caso em que as contribuições marginais dos mais abastados são negativas. Para tanto, Rawls faz distinção entre três esquemas distributivos quanto à justiça: um esquema distributivo perfeitamente justo, um esquema distributivo generalizadamente justo e um esquema distributivo injusto⁷²⁷.

Um esquema distributivo perfeitamente justo é aquele em que as expectativas dos menos favorecidos, dadas as restrições institucionais da igualdade equitativa e da

⁷²⁶ John Rawls, 1971, p. 75; *id.*, 1999a, p. 65.

⁷²⁷ John Rawls, 1971, p. 78-79; *id.*, 1999a, p. 68-69.

liberdade igual, estão realmente maximizadas, de modo que nenhuma mudança daqueles mais abastados pode melhorar a situação daqueles menos abastados. Esse é o melhor arranjo distributivo. Um esquema distributivo generalizadamente justo, por sua vez, é aquele em que as expectativas dos menos favorecidos, dadas as restrições mencionadas, estão aumentadas em razão das expectativas dos mais abastados. O bem-estar dos menos afortunados possui, em sua composição, uma participação da contribuição dos mais afortunados, de sorte que, se as perspectivas dos mais afortunados decaíssem, as expectativas dos menos afortunados também decairiam. No entanto, no esquema generalizadamente justo, as perspectivas dos menos afortunados não estão maximizadas: expectativas ainda mais elevadas para os mais afortunados pode elevar mais as expectativas dos menos afortunados. Um esquema distributivo injusto, por fim, é aquele em que as expectativas dos mais abastados estão excessivamente altas, no sentido de que, se essas expectativas fossem diminuídas, as expectativas dos menos abastados aumentariam⁷²⁸. Quanto mais excessivas forem as expectativas, mais injusta é a distribuição. No entanto, a medida da injustiça de uma distribuição também deve levar em conta a violação de princípios como o da igualdade equitativa de oportunidade⁷²⁹.

Com a distinção entre os graus de justiça de um esquema distributivo, Rawls quer mostrar que o princípio da diferença é um princípio de maximização de expectativas, mas não só isso: Rawls quer mostrar também que há uma distinção entre os casos que estão abaixo do melhor arranjo⁷³⁰. Rawls observa que uma sociedade deve evitar a região em que as contribuições marginais dos mais abastados são negativas em termos de realização do princípio da diferença: o caso de um esquema distributivo injusto, em que a diferença ainda maior entre ricos e pobres torna ainda pior a situação dos pobres. Ela deve procurar a região em que as contribuições marginais dos mais abastados são positivas: um esquema perfeitamente justo ou pelo menos de um esquema generalizadamente justo, pois a situação de estar abaixo de um esquema perfeitamente justo com contribuições negativas é falta maior do que a situação de estar abaixo do melhor esquema com contribuições positivas, pondera Rawls⁷³¹.

⁷²⁸ John Rawls, 1971, p. 78-79; *id.*, 1999a, p. 68.

⁷²⁹ John Rawls, 1971, p. 78-79; *id.*, 1999a, p. 68.

⁷³⁰ John Rawls, 1971, p. 79; *id.*, 1999a, p. 68.

⁷³¹ John Rawls, 1971, p. 79; *id.*, 1999a, p. 68.

4.3.2.4.3 A relação entre o princípio da diferença e o princípio da eficiência

As interpretações da liberdade natural e da igualdade liberal (a interpretação dos libertários e a interpretação dos liberais) tentam ir além do princípio da eficiência: elas conservam a visão de que “para a vantagem de todos” consiste no princípio da eficiência, mas moderam esse princípio ao restringi-lo a certas *background institutions* e ao confiar na noção de justiça procedimental pura, observa Rawls, ao passo que a igualdade democrática interpreta “para a vantagem de todos” nos termos do princípio da diferença. Diante disso, cabe perguntar se há conflito entre o princípio da diferença e o princípio da eficiência.

No caso de uma distribuição perfeitamente justa, em que o princípio da diferença é plenamente satisfeito, é impossível aumentar as expectativas de qualquer indivíduo representativo (tornar pelo menos um indivíduo representativo mais abastado) sem ao mesmo tempo diminuir as expectativas de outro (tornar outro indivíduo representativo menos abastado), que são as expectativas do indivíduo representativo menos favorecido⁷³². As expectativas do indivíduo menos favorecido estão maximizadas. Rawls observa que a definição de justiça nos termos do princípio da diferença e de seus antecedentes (liberdade igual e igualdade equitativa), é consistente com a eficiência. Quando os dois princípios são plenamente realizados a eficiência se realiza. No caso de uma distribuição injusta, continua Rawls, o princípio da diferença e seus antecedentes (liberdade igual e igualdade equitativa) autorizam mudanças na estrutura básica da sociedade que podem diminuir as expectativas de alguns indivíduos representativos mais abastados. Nesse caso, a definição da justiça nos termos do princípio da diferença e seus antecedentes (igualdade equitativa e liberdade igual) não é consistente com o princípio da eficiência. Em suma, um esquema distributivo perfeitamente justo nos termos da interpretação da igualdade democrática é também um esquema eficiente, mas um esquema distributivo injusto na visão da igualdade democrática requer mudanças que não atendem ao princípio da eficiência.

⁷³² John Rawls, 1971, p. 70 e p. 79; *id.*, 1999a, p. 61 e p. 69.

4.3.4.4 O princípio da diferença como interpretação de “para a vantagem de todos” ou o sentido do princípio da diferença

Fazendo abstração de princípios superiores, a liberdade natural e a igualdade liberal consideram que apenas mudanças “para a vantagem de todos” são permitidas na estrutura básica. Do mesmo modo, a igualdade democrática considera que apenas mudanças “para a vantagem de todos” são permitidas na estrutura básica. Na liberdade natural e na igualdade liberal apenas mudanças eficientes ou conformes ao princípio da eficiência são permitidas: as mudanças devem maximizar as expectativas de pelo menos um indivíduo sem diminuir a de outro. Na igualdade democrática, apenas mudanças conformes ao princípio da diferença são autorizadas. A igualdade democrática é mais rigorosa. São vedadas as mudanças na estrutura básica que, embora maximizem as expectativas, consistam em contribuições marginais negativas para o princípio da diferença; são permitidas mudanças que, embora minimizem as expectativas, consistam em contribuições positivas para esse princípio. Para a igualdade democrática, na transformação de uma sociedade injusta para uma sociedade justa, mudanças ineficientes devem acontecer. Evidencia-se um conflito entre os princípios da eficiência e da diferença na interpretação de “para a vantagem de todos”: mudanças ineficientes não beneficiam a todos na óptica da liberdade natural e da igualdade liberal e mudanças eficientes contra a diferença não beneficiam a todos na óptica da igualdade democrática. Já vimos em que sentido o princípio da eficiência beneficia a todos. Resta ver em que sentido a igualdade democrática interpreta o benefício de todos por meio do princípio da diferença.

Para Rawls, se o princípio da diferença for satisfeito, todos se beneficiam. Isso acontece em dois sentidos: num que ele considera mais óbvio e noutro que ele considera menos óbvio. De forma mais óbvia, se o princípio da diferença for satisfeito, a posição de cada indivíduo é melhorada em relação ao arranjo inicial de igualdade. Isso independe da identificação do arranjo inicial e independe de quão afortunadas as pessoas sejam⁷³³. De forma menos óbvia, numa primeira aproximação, se o princípio da diferença for satisfeito, o indivíduo mais afortunado ganha por meio das vantagens que lhe são oferecidas (seu ganho corresponde a seu aumento de expectativa) e o indivíduo mais

⁷³³ John Rawls, 1971, p. 80; *id.*, 1999a, p. 69.

desafortunado ganha das contribuições geradas pela desigualdade⁷³⁴. Rawls chama-o de sentido menos óbvio porque esse sentido pressupõe duas assunções. Primeiro, é preciso pressupor que haja ligação em cadeia. Segundo, é preciso pressupor que haja entrelaçamento.

A primeira pressuposição é a da ligação em cadeia [*chain connection*]: as desigualdades nas expectativas estão ligadas em cadeia [*chain connected*]. Isso significa que, “se uma vantagem tem o efeito de elevar as expectativas da posição mais baixa, ela eleva as expectativas de todas as posições intermediárias”⁷³⁵. Assim, exemplifica Rawls, a elevação das expectativas dos empresários implica elevação das expectativas do trabalhador não especializado e, como há a ligação em cadeia, implica a elevação das expectativas do trabalhador semiespecializado. Todos se beneficiam. Rawls observa que a ligação em cadeia não tem nada a dizer para o caso em que as posições intermediária e superior ganhem e a posição inferior não ganhe.

A segunda pressuposição é a do estreito entrelaçamento [*close-knitness*] ou simplesmente entrelaçamento: as desigualdades estão entrelaçadas [*close-knit*]. Isso significa que “é impossível elevar ou abaixar a expectativa de qualquer indivíduo representativo sem elevar ou abaixar a expectativa de todos os outros indivíduos representativos, especialmente aquela dos menos favorecidos”⁷³⁶. Rawls explica que “não há peças soltas, por assim dizer, no modo como as expectativas se encaixam”⁷³⁷. As expectativas influenciam-se mutuamente. Com as duas pressuposições, de uma forma menos óbvia, se o princípio da diferença for satisfeito, o indivíduo mais favorecido ganhará por meio das vantagens que lhe são oferecidas, o indivíduo mais desafortunado ganhará das contribuições geradas pela desigualdade e, supondo o entrelaçamento e a ligação em cadeia, o indivíduo intermediário também ganhará das contribuições geradas pela desigualdade e das vantagens de sua posição. Essa é a segunda pressuposição. Rawls faz uma representação gráfica em que é possível ver que

⁷³⁴ John Rawls, 1971, p. 80; *id.*, 1999a, p. 70.

⁷³⁵ John Rawls, 1971, p. 80; *id.*, 1999a, p. 69. “[...] if an advantage has the effect of raising the expectations of the lowest position, it raises the expectations of all positions in between”.

⁷³⁶ John Rawls, 1971, p. 80; *id.*, 1999a, p. 69. “[...] it is impossible to raise or lower the expectation of any representative man without raising or lowering the expectation of every other representative man, especially that of the least advantaged”.

⁷³⁷ John Rawls, 1971, p. 80; *id.*, 1999a, p. 69. “There is no loose-jointedness, so to speak, in the way expectations hang together”.

o princípio da diferença seleciona o ponto em que a curva de contribuição para o indivíduo menos favorecido atinge seu máximo. Nos pontos anteriores e nesse ponto, há entrelaçamento e ligação em cadeia. Para além desse ponto, o entrelaçamento continua existindo, mas não há mais ligação em cadeia.

Feitas essas considerações, Rawls discute a plausibilidade dessas assunções: a da ligação em cadeia e a do entrelaçamento. Essas discussões sobre os pressupostos do sentido menos óbvio de que o princípio da diferença expressa o benefício de todos são importantes: elas estão na base da segunda aproximação do princípio da diferença. Rawls testa a hipótese de as duas assunções se sustentarem e começa com o problema da ligação em cadeia. Ainda que as duas assunções não se sustentem, as expectativas dos menos favorecidos deveriam ser maximizadas: os que estão em melhor situação não deveriam vetar os benefícios disponíveis para os menos favorecidos. O fato de as assunções não se sustentarem não é, na visão de Rawls, um problema para o sentido menos óbvio de que todos se beneficiam.

Rawls não pretende verificar a probabilidade de as assunções se sustentarem⁷³⁸. Com foco na ligação em cadeia, Rawls justifica a não verificação da probabilidade das assunções em três etapas. Primeiro, o princípio da diferença não depende de essas relações serem satisfeitas. Segundo, quando as contribuições das posições mais favorecidas se espalham generalizadamente por toda a sociedade e não são confinadas a setores particulares, parece plausível, diz Rawls, que se os menos favorecidos se beneficiem, a mesma coisa aconteça com os outros intermediários: ele confia na plausibilidade dessas pressuposições. Terceiro, as instituições da estrutura básica possuem duas características que favorecem uma ampla difusão dos benefícios em questão: elas são montadas para promover certos interesses fundamentais que todo mundo tem em comum e os cargos e posições são abertos. Portanto, a ampla difusão social ou o não confinamento dos benefícios nos termos do princípio da diferença, a ligação em cadeia, é plausível em razão da liberdade igual e da igualdade equitativa. A plausibilidade da ligação em cadeia depende de os demais princípios da justiça serem satisfeitos. Se as autoridades em geral, os legisladores e os juízes melhoram a situação dos menos favorecidos, pondera Rawls, torna-se provável que eles melhorem a situação

⁷³⁸ John Rawls, 1971, p. 82; *id.*, 1999a, p. 71.

dos cidadãos em geral. Em tempo, Rawls lembra que na região das contribuições positivas quanto ao princípio da diferença, onde as vantagens de todos aqueles que ocupam posições favorecidas aumentam as perspectivas dos menos favorecidos, qualquer movimento em direção a um arranjo perfeitamente justo aumenta a expectativa de todos. Nessas circunstâncias, prossegue Rawls, o princípio da diferença possui consequências práticas semelhantes aos princípios da eficiência e da utilidade média⁷³⁹, se a utilidade for medida por meio de bens primários⁷⁴⁰. Na hipótese de a ligação em cadeia raramente se sustentar, essa similaridade deixa de ter importância⁷⁴¹: ela passa a ser vista como uma coincidência, como uma curiosidade apenas⁷⁴². Isso, aliás, reforça a ideia de compatibilidade possível entre o princípio da eficiência e o princípio da diferença. Rawls, em suma, afirma que, dentro de um esquema social justo, pode-se supor que ganhos realmente aconteçam⁷⁴³; ele afirma parecer provável [*likely*] que uma difusão de benefícios, uma ligação em cadeia, frequentemente [*often*] aconteça⁷⁴⁴.

Testada a hipótese de as duas assunções se sustentarem, com considerações tecidas à ligação em cadeia, resta a Rawls tecer considerações sobre o entrelaçamento. Rawls observa que o entrelaçamento é assumido como o objetivo de simplificar a afirmação do princípio da diferença e que ele, assim como a ligação em cadeia, é provável na prática. Rawls supõe, então, que o entrelaçamento aconteça. Rawls, no entanto, reconhece ser claramente concebível que os menos favorecidos não sejam afetados nem positivamente nem negativamente por mudanças nas expectativas dos mais afortunados, embora essas mudanças possam beneficiar outros, como os intermediários.

Como a igualdade democrática interpreta “para a vantagem de todos” no sentido do princípio da diferença ou, mais precisamente, procurando garantir que as vantagens para os mais favorecidos correspondam a vantagens para os menos favorecidos, independentemente de as hipóteses da ligação em cadeia e do entrelaçamento se verificarem (pressupostos do sentido menos óbvio do benefício da diferença), Rawls expressa o princípio da diferença de um modo mais geral. A essa forma mais geral do

⁷³⁹ John Rawls, 1971, p. 82; *id.*, 1999a, p. 71.

⁷⁴⁰ John Rawls, 1999a, p. 71.

⁷⁴¹ John Rawls, 1971, p. 82; *id.*, 1999a, p. 71.

⁷⁴² John Rawls, 1971, p. 82.

⁷⁴³ John Rawls, 1971, p. 82.

⁷⁴⁴ John Rawls, 1999a, p. 72.

princípio da diferença, Rawls chama de “princípio da diferença lexical” [*the lexical difference principle*], que se expressa assim:

[...] em uma estrutura básica com n representantes relevantes, primeiro maximize o bem-estar do homem representativo menos abastado; segundo, para o igual bem-estar do representante menos abastado, maximize o bem-estar do segundo homem representativo menos abastado, e assim por diante até o último caso que é, para o igual bem-estar de todos os $n-1$ representantes precedentes, maximize o bem-estar do homem representativo mais abastado⁷⁴⁵. (grifos meus)

O princípio da diferença em sua expressão mais geral mostra como o princípio da diferença é realizado. Num esquema de cooperação social em que há diferenças de hierarquia social e econômica, havendo vantagem para o indivíduo representativo mais abastado, a prioridade na correspondente maximização do bem-estar dirigida aos demais indivíduos representativos é do indivíduo representativo menos abastado ou em pior situação. Apenas quando seu bem-estar é maximizado é que o esquema de cooperação social se volta para dirigir a maximização do bem-estar ao indivíduo representativo em segundo lugar quanto à pior situação, mas tendo em vista o igual bem-estar do indivíduo primeiro indivíduo representativo menos abastado. Resolvido isso, a estrutura básica da sociedade se volta para direcionar a maximização do bem-estar ao terceiro indivíduo representativo em pior situação, mantendo, agora, não só o igual bem-estar do primeiro, mas também o igual bem-estar do segundo indivíduo em pior situação e assim sucessivamente. A estrutura básica se volta, em último lugar, para direcionar a maximização do bem-estar ao último indivíduo representativo em pior situação, que, obviamente, é o primeiro indivíduo representativo em melhor situação. Essa forma de enunciar o princípio da diferença é chamada de lexical precisamente porque há uma evidente ordem de prioridade quanto à direção das maximizações de bem-estar a serem efetivadas. Essa forma de enunciação afasta as dúvidas quanto à ocorrência ou não da ligação em cadeia e do entrelaçamento entre as vantagens ganhas pelos mais afortunados e os ganhos de bem-estar dirigidos aos mais pobres e aos intermediários.

⁷⁴⁵ John Rawls, 1971, p. 83; *id.*, 1999a, p. 72. “[...] in a basic structure with n relevant representatives, first maximize the welfare of the worst-off representative man; second, for equal welfare of the representative, maximize the welfare of the second worst-off representative man, and so on until the last case which is, for equal welfare of all the preceding $n-1$ representative, maximize the welfare of the best-off representative man.”

Rawls, no entanto, usa o princípio da diferença em sua forma mais simples. O princípio da diferença é enunciado assim:

Desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que elas sejam ambas [...] para o maior benefício dos menos favorecidos [...]⁷⁴⁶.

Na edição revisada, o princípio da diferença é enunciado da seguinte maneira:

Desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que elas sejam ambas [...] para o maior benefício esperado dos menos favorecidos [...]⁷⁴⁷.

A distinção entre as duas redações está em “maior benefício” e “maior benefício esperado” dos menos favorecidos. Como a relação entre o indivíduo representativo e os bens primários toma como medida as expectativas, a redação fica mais precisa dessa forma. Essa consideração já constava na edição original na parte relativa à eficiência. O adjetivo “esperado” acrescentado na redação do princípio da diferença na edição revisada apenas confere mais adequação. Considerando a relação com bens presentes e futuros, o pressuposto é o de que não se pode medir o benefício de um bem, mas o benefício esperado ou as expectativas que as pessoas têm em relação a um bem.

Ainda em relação a distinções entre a edição original e a edição revisada, Rawls afirma, na edição original, que ele fará uso da versão mais simples do princípio da diferença. Como ele não apresenta justificativa para essa opção, a impressão que se tem é a de que a versão mais simples e a versão lexical são duas faces da mesma moeda. Na edição revisada, Rawls esclarece não ser provável que o princípio da diferença lexical seja relevante nos casos mais importantes [*actual cases*], isto é, nos casos em que há benefícios significativos para os mais abastados. A irrelevância do princípio da diferença lexical se deve à certeza de que vai haver alguma maneira de melhorar a situação dos menos favorecidos quando forem significativos os maiores benefícios potenciais para os mais favorecidos. Rawls considera, ainda, que os princípios que regem as instituições sociais garantem que não surgirão casos que requeiram o princípio

⁷⁴⁶ John Rawls, 1971, p. 83; *id.*, 1999a, p. 72. “Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both [...] to the greatest benefit of the least advantaged [...].”

⁷⁴⁷ John Rawls, 1971, p. 83; *id.*, 1999a, p. 72. “Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both [...] to the greatest expected benefit of the least advantaged [...].”

da diferença lexical. Seja em razão de sua irrelevância para os casos mais importantes, em que há benefícios significativos para os mais abastados que, com a aplicação da forma simples, inequivocamente revertem em benefícios para os menos abastados, seja em razão dos princípios da liberdade igual e da igualdade equitativa, não há necessidade de empregar o princípio da diferença lexical. O princípio da diferença lexical, portanto, parece ser uma forma mais metódica e, nesse sentido, mais severa de aplicação do princípio da diferença, forma essa exigida em situações em que não há garantia de que os maiores benefícios para os mais abastados corresponderão a maiores benefícios para os menos favorecidos, em que as instituições sociais não contam com os princípios da liberdade igual e da igualdade equitativa. Como a interpretação da igualdade democrática em relação aos dois princípios, isto é, como a teoria da justiça como equidade trata dos casos mais importantes e tem o princípio da diferença como vinculado à liberdade igual e à igualdade equitativa, Rawls sempre usa o princípio da diferença em sua forma mais simples.

Como resultado das considerações que Rawls fez e que nós acompanhamos, procurando compreender e aprofundar quando possível, o enunciado do segundo princípio na interpretação da igualdade democrática, isto é, o enunciado do segundo princípio para a teoria da justiça como equidade é definido por Rawls do seguinte modo:

Desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que elas sejam ambas: (a) para o maior benefício dos menos favorecidos e (b) vinculados a cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidade⁷⁴⁸.

Na edição revisada, o segundo princípio aparece enunciado por Rawls, considerando as razões já vistas, da seguinte maneira:

Desigualdades sociais e econômicas devem ser arranjadas de modo que elas sejam ambas: (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculados a cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidade⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ John Rawls, 1971, p. 83; *id.*, 1999a, p. 72. “Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: (a) to the greatest benefit of the least advantaged and (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity.”

⁷⁴⁹ John Rawls, 1999a, p. 72. “Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: (a) to the greatest expected benefit of the least advantaged and (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity.”

Na edição original, Rawls observa à guisa de conclusão da segunda aproximação que o princípio da diferença, ou a ideia expressa por ele, pode facilmente ser acomodada à concepção geral de justiça da teoria da justiça como equidade⁷⁵⁰. Rawls observa que a concepção geral de justiça é simplesmente o princípio da diferença aplicado a todos os bens sociais primários, incluindo liberdade e oportunidade, e, assim, não mais restringida por outras partes da concepção especial de justiça⁷⁵¹. Rawls diz que essa constatação é evidente desde a breve discussão mais inicial dos princípios da justiça. Nas palavras de Rawls, “esses princípios em ordem serial são, como indicarei de tempo em tempo, a forma que a concepção geral finalmente assume à medida que as condições sociais melhoram”⁷⁵². Para Rawls, essa questão se liga com aquela da prioridade da liberdade e, em uma forma ou em outra, o princípio da diferença é básico em todos os pontos⁷⁵³.

Rawls retira a constatação de que o princípio da diferença equivale à concepção geral de justiça da edição revisada. Em seu lugar, Rawls faz um comentário sobre terminologia⁷⁵⁴. Ele observa que a economia desejar se referir ao princípio da diferença como critério maximin, mas ele afirma evitar cuidadosamente esse nome por várias razões. Em primeiro lugar, Rawls diz que o critério maximin é geralmente entendido como uma regra pra escolha sob grande incerteza, ao passo que o princípio da diferença é um princípio de justiça. É indesejável, pondera Rawls, usar o mesmo nome para duas coisas que são tão distintas. Em segundo lugar, o princípio da diferença é um critério muito específico: ele se aplica primariamente à estrutura básica da sociedade via indivíduos representativos cujas expectativas devem ser estimadas por um índice de bens primários. Ele não possui, portanto, um âmbito de aplicação tão variado quanto o critério maximin. Em terceiro lugar, Rawls chama a atenção para o fato de que chamar o princípio da diferença de critério maximin pode erroneamente sugerir que o principal argumento para esse princípio desde a posição original derive de uma aversão muito alta ao risco⁷⁵⁵. Embora o princípio da diferença e o critério maximin sejam distintos, Rawls

⁷⁵⁰ John Rawls, 1999a, p. 83.

⁷⁵¹ John Rawls, 1999a, p. 83.

⁷⁵² John Rawls, 1999a, p. 83. “These principles in serial order are, as I shall indicate from time to time, the form that the general conception finally assumes as social conditions improve”.

⁷⁵³ John Rawls, 1999a, p. 83.

⁷⁵⁴ John Rawls, 1999a, p. 72.

⁷⁵⁵ John Rawls, 1999a, p. 72-73.

admite que há uma relação entre o princípio da diferença e a presunção de aversão ao risco, mas atitudes extremas ao risco não são postuladas na posição original; e, em qualquer caso, acrescenta Rawls, há muitas considerações a favor do princípio da diferença em que a aversão ao risco não desempenha papel algum⁷⁵⁶. Rawls conclui, então que é melhor usar o termo “critério maximin” somente para a regra de escolha em situação de incerteza⁷⁵⁷.

4.4 Terceira aproximação

O segundo princípio está, mais uma vez, enunciado de forma mais precisa. Na interpretação de Rawls, a expressão “para a vantagem de todos” [*to everyone's advantage*] comporta apenas o sentido que lhe é conferido pela expressão “para o maior benefício esperado dos menos favorecidos” [*to the greatest benefit of the least advantaged*], isto é, pelo princípio da diferença. A expressão “abertos a todos” [*open to all*], por sua vez, também comporta o sentido que lhe é conferido pela expressão “cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidade” [*offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity*], isto é, pelo princípio da igualdade equitativa de oportunidade. A segunda aproximação mostrou que o segundo princípio tem a interpretação que lhe é conferida pela igualdade democrática. Embora Rawls tenha se aproximado bastante do que pretende, ele ainda não chegou ao enunciado definitivo do segundo princípio. O enunciado definitivo é alcançado quando ele descreve um arranjo de instituições que preenchem os requisitos do segundo princípio nos termos provisórios de sua segunda aproximação, nos termos de configuração de um estado moderno, com a inclusão do princípio de poupança justa⁷⁵⁸.

4.4.1 Instituições de fundo da justiça distributiva ou um arranjo institucional ideal e não vinculante que atende exemplificativamente ao segundo princípio

⁷⁵⁶ John Rawls, 1999a, p. 73.

⁷⁵⁷ John Rawls, 1999a, p. 73.

⁷⁵⁸ John Rawls, 1971, p. 258; *id.*, 1999a, p. 228.

Para Rawls, o principal problema da justiça distributiva é a escolha de um sistema social, isto é, a escolha de uma estrutura básica: os princípios da justiça se aplicam à estrutura básica e regulam o modo como suas mais importantes instituições se organizam⁷⁵⁹. Rawls lembra que, como já foi visto, a ideia da justiça como equidade é usar a noção de justiça procedimental pura para lidar com as contingências de situações particulares⁷⁶⁰. Assim, para atingir o objetivo de estruturar o sistema social, de modo que sua distribuição seja justa sempre, independentemente do que vier a acontecer, é necessário situar o processo econômico e social dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas⁷⁶¹. Sem um esquema apropriado dessas instituições de fundo [*background institutions*], o resultado do processo distributivo não será justo: é a organização adequada dessas instituições que deverá levar a um processo distributivo com resultado justo⁷⁶². Rawls faz uma descrição dessas instituições de apoio. Ele as descreve tais como poderiam existir em um estado democrático adequadamente organizado [*properly organized democratic state*] que permite a propriedade privada do capital e dos recursos naturais [*private ownership of capital and natural resources*] ⁷⁶³.

Antes de passar às descrições dos arranjos de propriedade privada e de propriedade socialista que atendem aos dois princípios, Rawls enumera algumas assunções ou presunções relativas a essas descrições⁷⁶⁴. Primeiro, Rawls presume que a estrutura básica seja regulada por uma constituição justa que assegure as liberdades da cidadania igual. Isso compreende liberdade de consciência, liberdade de pensamento, valor equitativo da liberdade política, processo político conduzido como um procedimento justo para escolher governos e para elaborar uma legislação justa ⁷⁶⁵. Segundo, Rawls supõe que a igualdade de oportunidades seja equitativa. O governo procura garantir chances iguais de educação e cultura para pessoas igualmente dotadas e motivadas, seja por meio de subsídio para escolas privadas, seja por meio de sistema público de ensino; o governo força a aplicação desse princípio nas atividades econômicas e na livre escolha de ocupação: fiscalização de firmas e associações privadas, prevenção de restrições

⁷⁵⁹ John Rawls, 1971, p. 274; *id.*, 1999a, p. 242.

⁷⁶⁰ John Rawls, 1971, p. 274-275; *id.*, 1999a, p. 242-243.

⁷⁶¹ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁷⁶² John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁷⁶³ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243; *id.*, 2001, p. 135-140.

⁷⁶⁴ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁷⁶⁵ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

monopolistas e de barreiras às posições mais desejadas⁷⁶⁶. Terceiro, Rawls supõe que o governo garanta um *mínimo social*, seja por meio de um salário-família e de pagamentos especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos como um suplemento gradual de renda⁷⁶⁷.

Enumeradas essas presunções, Rawls passa à descrição de um regime institucional de propriedade privada que atenda aos dois princípios. Pode-se considerar, diz Rawls, que, no estabelecimento dessas instituições de fundo [*background institutions*], o governo se divida em cinco setores [*branches*]⁷⁶⁸. Cada setor se constitui de várias agências ou atividades a ele relacionadas, encarregadas de preservar certas condições econômicas e sociais⁷⁶⁹. Essas divisões não se sobrepõem à organização habitual do governo, observa Rawls, mas devem ser entendidas como funções diferentes⁷⁷⁰. Rawls remete quem se interessar pela ideia de setores do governo a Richard Abel Musgrave⁷⁷¹. Tendo em vista os objetivos da tese, esses setores serão vistos mais adiante, na seção que trata do mínimo social como instituição de fundo de um arranjo institucional compatível com a justiça como equidade. De todo modo, os setores em que se divide o estado no estabelecimento das instituições de fundo [*background institutions*] são: (1) o setor de alocação; (2) o setor de estabilização; (3) o setor de transferências; (4) o setor de distribuição e (5) o setor de trocas.

Como disse a respeito da terceira aproximação, o enunciado definitivo do segundo princípio é alcançado não só quando ele descreve um arranjo de instituições que preenchem provisoriamente os requisitos dos termos de sua segunda aproximação, mas também com a inclusão do princípio de poupança justa⁷⁷². Desse modo, passemos às considerações de Rawls sobre o princípio da poupança justa.

⁷⁶⁶ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁷⁶⁷ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243. Embora, nesse ponto do texto, Rawls diga que os setores do governo são quatro, ele enumera cinco setores do governo em sua descrição das instituições de fundo.

⁷⁶⁸ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁷⁶⁹ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁷⁷⁰ John Rawls, 1971, p. 275-276; *id.*, 1999a, p. 243-244.

⁷⁷¹ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243; Richard Abel Musgrave, 1959.

⁷⁷² John Rawls, 1971, p. 258; *id.*, 1999a, p. 228.

4.4.2 O princípio da poupança justa

O princípio da poupança justa é considerado por Rawls em meio à questão da justiça entre gerações⁷⁷³. A questão da justiça entre gerações surge porque a resposta à pergunta sobre se o sistema social, a economia competitiva embasada por um conjunto apropriado de instituições de fundo [*background institutions*] pode ser construída para satisfazer os dois princípios da justiça tende a depender do nível no qual o mínimo social deve ser estabelecido e este, por sua vez, está conectado com a questão maior de saber até que ponto a geração presente tende a respeitar as reivindicações de suas sucessoras⁷⁷⁴. Trato, agora, do princípio da poupança justa em conexão com a questão da justiça entre gerações e deixo a ideia de mínimo social para o próximo capítulo, embora algumas considerações precisem ser feitas sobre ela no momento.

Para Rawls, cada geração precisa não apenas preservar os ganhos de civilização e cultura e manter intactas aquelas instituições justas que foram estabelecidas, mas também poupar em cada período de tempo um montante adequado de acumulação de capital real⁷⁷⁵, que pode assumir uma forma que vai desde investimento líquido em maquinário e em outros meios de produção a investimento em aprendizagem e educação⁷⁷⁶. Considerando isso, um princípio de poupança justa [*a just savings principle*] enuncia a dimensão que o investimento deve assumir. Esse investimento é entendido como uma questão de justiça, isto é, de formação das instituições justas. O problema de quanto poupar para outros projetos não é uma questão resolvida pelo princípio de poupança justa⁷⁷⁷. No entendimento da teoria da justiça como equidade, é com base na dimensão assumida pelo princípio de poupança justa que se determina o nível do mínimo social⁷⁷⁸. Com efeito, as despesas realizadas com o pagamento do mínimo social são financiadas pela tributação. Se supusermos, diz Rawls, que o mínimo social seja financiado pelos impostos sobre o consumo ou sobre a renda, aumentar o valor do mínimo social significa aumentar a proporção na qual o consumo ou a renda é tributado. À medida que o valor do mínimo vai aumentando ele chega a um ponto ótimo

⁷⁷³ John Rawls, 1971, p. 284; *id.*, 1999a, p. 251.

⁷⁷⁴ John Rawls, 1971, p. 284; *id.*, 1999a, p. 251.

⁷⁷⁵ John Rawls, 1971, p. 285; *id.*, 1999a, p. 252.

⁷⁷⁶ John Rawls, 1971, p. 285; *id.*, 1999a, p. 252.

⁷⁷⁷ John Rawls, 1971, p. 288; *id.*, 1999a, p. 255.

⁷⁷⁸ John Rawls, 1971, p. 285; *id.*, 1999a, p. 252.

além do qual ou (1) a sociedade deixa de fazer uma poupança adequada ou (2) a eficiência econômica passa a ser afetada de uma forma que a situação dos menos favorecidos na geração presente começa a declinar em vez de melhorar. O ponto ótimo anterior a quaisquer desses casos indica que o valor correto do mínimo social foi alcançado e, portanto, o princípio da diferença foi satisfeito⁷⁷⁹.

Diante da conexão entre o princípio de poupança justa, o valor do mínimo social e o princípio da diferença, a questão que se coloca agora é o do valor que uma sociedade deve poupar para a geração seguinte. A questão, então, se volta para a dimensão que o princípio da poupança justa deve assumir, inclusive, como veremos no capítulo quinto, para delimitar qual o valor que o mínimo social deve, por sua vez, assumir. Rawls observa que a resposta utilitarista a essa pergunta é a de que se deve tomar o tamanho da população como variável e postular uma alta taxa de produtividade marginal do capital num largo horizonte temporal⁷⁸⁰. O resultado desse raciocínio é o de uma taxa excessiva de acumulação de capital num futuro próximo e que deve perdurar no tempo, beneficiando o número máximo de gerações futuras. O problema dessa solução é o de que um sacrifício excessivo é imposto às gerações iniciais sem nenhuma razão plausível⁷⁸¹. Apesar do problema da resposta utilitarista, Rawls acredita não haver como definir, no presente, limites precisos sobre qual deveria ser a taxa adequada de poupança justa, mas apenas que o ônus da acumulação de capital e o bônus do aumento do padrão de civilização e cultura devem ser divididos adequadamente entre as gerações⁷⁸². Não obstante, alguns limites menos precisos poderiam ser esboçados com base na teoria do contrato tal como expressa por meio da posição original⁷⁸³.

Na óptica da teoria da justiça como equidade, as partes da posição original não sabem a que geração elas pertencem ou qual é o estágio de civilização da sociedade de que vão fazer parte, se rica ou pobre, se agrícola ou industrializada⁷⁸⁴. Considerando isso, as partes da posição original devem se perguntar quanto elas estariam dispostas a poupar em cada estágio, presumindo que cada geração deve poupar na mesma proporção. Em

⁷⁷⁹ John Rawls, 1971, p. 286; *id.*, 1999a, p. 252.

⁷⁸⁰ John Rawls, 1971, p. 286-287; *id.*, 1999a, p. 253.

⁷⁸¹ John Rawls, 1971, p. 287; *id.*, 1999a, p. 253.

⁷⁸² John Rawls, 1971, p. 286; *id.*, 1999a, p. 253.

⁷⁸³ John Rawls, 1971, p. 287; *id.*, 1999a, p. 253.

⁷⁸⁴ John Rawls, 1971, p. 287; *id.*, 1999a, p. 254.

outras palavras, as partes devem considerar sua propensão a poupar em qualquer fase da civilização com o entendimento que a mesma taxa deve regular todo o período de acumulação⁷⁸⁵. O princípio de poupança justa deve atribuir uma taxa adequada de acumulação para cada nível de desenvolvimento, de forma que uma taxa menor de poupança deve ser fixada para os estágios em que a sociedade é mais pobre e uma taxa maior de poupança deve ser fixada para os estágios em que a sociedade é mais rica, uma vez que o ônus de poupar vai se tornando menor à medida que a sociedade vai se tornando mais abastada. Assim, a taxa de poupança justa tende a cair para zero. A taxa de poupança será zero quando as instituições justas da estrutura básica da sociedade estiverem firmemente estabelecidas, momento em que deve haver apenas a manutenção das instituições justas e a preservação de sua base material⁷⁸⁶.

Rawls observa que a decisão sobre a taxa de poupança justa segue os princípios da abordagem contratualista. Primeiro, a concepção da posição original atinge o mesmo resultado de uma decisão democrática. Na posição original, como ninguém sabe a qual geração pertence, uma taxa equitativa é escolhida a partir do ponto de vista de cada uma. À exceção da primeira, todas as gerações ganham quando uma taxa razoável de poupança é mantida. As pessoas da primeira geração não se beneficiam porque não há como eles participarem dos frutos de sua poupança, já que eles iniciam todo o processo⁷⁸⁷. Todas as demais gerações ganham porque cada uma passa para a seguinte uma quantia equivalente em capital real⁷⁸⁸. Rawls tem em mente que capital não são apenas máquinas e equipamentos, mas também o conhecimento e os bens da cultura, de forma que essa quantia é uma retribuição pelo que é recebida das gerações anteriores⁷⁸⁹. Segundo, a teoria do contrato dá uma definição de estado justo de sociedade pretendido por todo o curso civilizacional⁷⁹⁰. Essa definição é imprescindível para que as gerações possam acertar, pelo menos em linhas gerais, a divisão do ônus de realizar e preservar as instituições justas, pois os aspectos mais detalhados serão determinados em cada fase do processo civilizacional⁷⁹¹. O acerto das linhas gerais da divisão do ônus de poupar é

⁷⁸⁵ John Rawls, 1971, p. 287; *id.*, 1999a, p. 255.

⁷⁸⁶ John Rawls, 1971, p. 287; *id.*, 1999a, p. 255.

⁷⁸⁷ John Rawls, 1971, p. 288.

⁷⁸⁸ John Rawls, 1971, p. 288.

⁷⁸⁹ John Rawls, 1971, p. 288; *id.*, 1999a, p. 256.

⁷⁹⁰ John Rawls, 1971, p. 288; *id.*, 1999a, p. 256.

⁷⁹¹ John Rawls, 1971, p. 289.

realizado depois de estabelecidos os demais princípios da justiça, pois são eles que definem o ideal de sociedade a ser construída, mesmo que isso implique restringir o princípio da diferença⁷⁹².

A respeito do último estágio da sociedade, Rawls faz duas considerações. Uma é a de que o último estágio não é o que dá significado ao processo todo, pois cada estágio civilizacional possui seus fins apropriados e não está subordinado aos demais⁷⁹³. Com efeito, embora cada estágio seja regido pela mesma concepção de justiça, cada estágio consiste num esquema próprio de cooperação disperso no tempo. Além disso, cada geração possui reivindicações consideradas como paritárias umas frente às outras. Seu plano equilibrado de poupança leva em conta quanto eles estariam dispostos a poupar em cada estágio em favor de seus descendentes, considerando também o que deveriam receber dos estágios anteriores, como pais e filhos pensariam essa relação de acumulação⁷⁹⁴. Quando eles chegam a uma estimativa equitativa para as duas partes, então uma taxa adequada para aquele estágio está especificada⁷⁹⁵. Quando isso é feito para todos os estágios, um princípio de poupança justa resta definido, sem que as gerações adjacentes possam reclamar umas das outras, independentemente de quão diferidas elas estejam no tempo⁷⁹⁶. Outra consideração de Rawls a respeito do último estágio é a de que ele não é um estágio de muita abundância, pois o princípio de poupança justa não requer que as primeiras gerações poupem simplesmente para que as últimas gerações sejam mais ricas⁷⁹⁷. O princípio de poupança justa é um requisito cujo objetivo é o de que as instituições justas e o valor equitativo da liberdade possam ser construídos e, para tanto, não é necessária grande riqueza⁷⁹⁸.

Rawls observa haver um traço um pouco surpreendente do princípio da reciprocidade quando ele é aplicado ao caso da poupança justa⁷⁹⁹. O princípio de reciprocidade normalmente é aplicado quando há uma troca de vantagens entre partes que dão alguma

⁷⁹² John Rawls, 1971, p. 289; *id.*, 1999a, p. 258.

⁷⁹³ John Rawls, 1971, p. 289; *id.*, 1999a, p. 257.

⁷⁹⁴ John Rawls, 1971, p. 289; *id.*, 1999a, p. 256.

⁷⁹⁵ John Rawls, 1971, p. 289-290; *id.*, 1999a, p. 256.

⁷⁹⁶ John Rawls, 1971, p. 290; *id.*, 1999a, p. 256.

⁷⁹⁷ John Rawls, 1971, p. 290; *id.*, 1999a, p. 257.

⁷⁹⁸ John Rawls, 1971, p. 290; *id.*, 1999a, p. 257-258.

⁷⁹⁹ John Rawls, 1971, p. 290.

coisa como retribuição equitativa a outra⁸⁰⁰. Como no curso civilizacional nenhuma geração retribui os benefícios que recebeu às gerações antecedentes, a primeira geração dificilmente se beneficia de algum modo, ao passo que as últimas gerações ganham a maior parte dos benefícios e passam adiante a menor, isso pode parecer injusto em relação ao princípio de reciprocidade.⁸⁰¹ Contudo, não há injustiça, pois essa relação especial entre as gerações não dá ensejo a nenhuma dificuldade insuperável⁸⁰². É natural que as trocas⁸⁰³ ou benefícios econômicos⁸⁰⁴ entre as gerações se deem apenas em uma direção. Nessa relação unidirecional, o que é justo ou injusto é como as instituições lidam com essa limitação natural e como as instituições são estabelecidas para se beneficiar das possibilidades históricas⁸⁰⁵. Isso significa que os benefícios havidos por todas as gerações numa relação unidirecional em termos de trocas econômicas não são de natureza *retributiva*, mas de natureza *compensatória*. Como a natureza dos termos de troca econômica não é retributiva, fica claro, para Rawls, por que o princípio da diferença não se aplica ao problema da poupança⁸⁰⁶. Com efeito, considerando que as gerações posteriores são as mais beneficiadas e as anteriores as menos beneficiadas, não há como os ganhos das gerações anteriores serem legítimos apenas quando isso implicar uma melhora na situação da primeira geração⁸⁰⁷. Além disso, isso implicaria não haver poupança alguma.⁸⁰⁸

Feitas essas considerações, Rawls procura combinar o princípio da poupança justa com os dois princípios da justiça e ele procura fazer isso por meio da suposição de que a poupança justa seja definida pela parte representativa menos favorecida de cada estágio civilizacional⁸⁰⁹. Em outras palavras, são as pessoas mais pobres que, por meio de ajustes aproximativos, devem especificar a taxa de acumulação de capital ou a taxa de poupança justa em cada geração⁸¹⁰. Isso acontece porque é legítimo que elas realizem, por meio da especificação da taxa de acumulação ou da taxa de poupança, a construção

⁸⁰⁰ John Rawls, 1971, p. 290.

⁸⁰¹ John Rawls, 1971, p. 290.

⁸⁰² John Rawls, 1971, p. 291; *id.*, 1999a, p. 254.

⁸⁰³ John Rawls, 1971, p. 291.

⁸⁰⁴ John Rawls, 1999a, p. 254.

⁸⁰⁵ John Rawls, 1971, p. 291; *id.*, 1999a, p. 254.

⁸⁰⁶ John Rawls, 1971, p. 291.

⁸⁰⁷ John Rawls, 1971, p. 291.

⁸⁰⁸ John Rawls, 1971, p. 291.

⁸⁰⁹ John Rawls, 1971, p. 292; *id.*, 1999a, p. 258.

⁸¹⁰ John Rawls, 1971, p. 292; *id.*, 1999a, p. 258.

da aplicação do princípio que diretamente as afeta, qual seja, o princípio da diferença⁸¹¹. Como ficou acordado nas condições equitativas da posição original que são as expectativas das pessoas situadas nas posições sociais econômicas mais difíceis que devem ser maximizadas, fica também acordado na posição original que cabe a elas determinar a dimensão do produto social à disposição da geração presente que deve ser reservada, na forma de poupança, para as gerações posteriores, pois é essa acumulação que restringe as possibilidades de melhoria de sua própria situação⁸¹². O princípio da diferença só resta enunciado de forma completa, portanto, por meio da inclusão da constrição suscitada pelo princípio de poupança justa⁸¹³. Desse modo, observa Rawls, o princípio da diferença resta limitado dentro de cada geração pela precedência do princípio da liberdade igual e do princípio da igualdade equitativa de oportunidades, assim com resta limitado, entre as gerações, pelo princípio da poupança justa.

814

Para Rawls, caberia perguntar, agora, se as pessoas situadas nas posições social e economicamente menos favorecidas deveriam tomar parte ativa no processo de processo de investimento⁸¹⁵. Em outras palavras, a questão é saber se as pessoas mais pobres deveriam participar ativamente do processo de acumulação de capital por meio do pagamento de tributos. Na visão de Rawls, os menos favorecidos contribuem para o esforço de acumulação de capital não propriamente repassando parte de sua renda para a arrecadação fiscal, mas simplesmente por meio da conferência de sua aprovação ao arranjo institucional que se estabelece para a acumulação apropriada⁸¹⁶. Isso significa que sua contribuição já é feita na medida em que ele abre mão de um rendimento adicional que poderia ser propiciado por uma taxa menor de acumulação de capital, que é decida por eles mesmos. Quando os mais pobres concordam com a taxa de acumulação de capital maior, os mais pobres fazem um julgamento político das políticas que são projetadas para beneficiar os mais pobres das gerações posteriores⁸¹⁷. Desse modo, nenhuma das pessoas menos favorecidas de qualquer geração pode reclamar os

⁸¹¹ John Rawls, 1971, p. 292; *id.*, 1999a, p. 258.

⁸¹² John Rawls, 1971, p. 292; *id.*, 1999a, p. 258.

⁸¹³ John Rawls, 1971, p. 292; *id.*, 1999a, p. 258.

⁸¹⁴ John Rawls, 1971, p. 292; *id.*, 1999a, p. 258.

⁸¹⁵ John Rawls, 1971, p. 292; *id.*, 1999a, p. 258.

⁸¹⁶ John Rawls, 1971, p. 292; *id.*, 1999a, p. 258.

⁸¹⁷ John Rawls, 1971, p. 292-293; *id.*, 1999a, p. 258.

esforços das pessoas menos favorecidas de qualquer geração, de sorte que ninguém pode responsabilizar os mais pobres por uma suposta falta de esforço no processo de acumulação de capital⁸¹⁸. Para Rawls, essa ideia é validada para todos os estágios de acumulação de capital, embora a concepção geral e não os dois princípios se aplique aos estágios iniciais⁸¹⁹.

4.4.3 A regra de prioridade e a enunciação final dos princípios da justiça

Na seção anterior, foram observadas as considerações sobre o princípio da poupança justa descrito por Rawls. Agora, nós podemos passar às suas considerações sobre a regra de prioridade e apresentar a terceira aproximação ou enunciação final dos princípios da justiça, isto é, do princípio da poupança justa, do princípio da diferença, do princípio da igualdade equitativa de oportunidade e do princípio da liberdade igual em ordem crescente de prioridade.

Primeiro, Rawls procura estabelecer a prioridade dos dois princípios da justiça sobre o princípio da eficiência ou, de modo mais específico, a prioridade do princípio da poupança justa sobre o princípio da eficiência. Para Rawls, o princípio da poupança justa atua como uma constrição que incide sobre a taxa de acumulação, de forma que cada geração deve fazer sua parte equitativa no esforço para reunir as condições necessárias para a formação e manutenção das instituições justas. Esse princípio modera as exigências sobre o quanto uma geração deve poupar para o bem-estar das gerações posteriores. Rawls nota que são feitas objeções a esse entendimento sustentado pela justiça como equidade. Uma objeção é a de que uma taxa mais elevada de acumulação para gerações seguintes pode ser demandada quando as vantagens adicionais decorrentes da acumulação forem muito elevadas. Nesse mesma linha, outra objeção é a de que uma violação do segundo princípio poderia ser justificada se isso trouxesse maiores oportunidades equitativas e menores desigualdades sociais e econômicas para as gerações seguintes⁸²⁰.

⁸¹⁸ John Rawls, 1971, p. 293; *id.*, 1999a, p. 258.

⁸¹⁹ John Rawls, 1971, p. 293.

⁸²⁰ John Rawls, 1971, p. 298; *id.*, 1999a, p. 263.

Rawls nota que essas objeções são acompanhadas de alguns exemplos que pareceriam justificar a aceitação de menores oportunidades e maiores desigualdades presentes em favor de maiores oportunidades e menores desigualdades futuras, como os exemplos apontados por Keynes⁸²¹. Para Keynes, numa sociedade em que a riqueza fosse dividida igualmente, as grandes acumulações de capital realizadas no período compreendido entre o século dezenove e a Primeira Guerra Mundial nunca poderiam espontaneamente ter acontecido⁸²². O arranjo social concentrava a renda acumulada nas mãos das classes menos propensas ao consumo, pois os novos ricos preferiam os prazeres do consumo imediato ao prazer dos grandes investimentos, de forma que teria sido precisamente a maior desigualdade na distribuição de renda e riqueza que tornou possível a rápida acumulação de capital e a melhoria relativamente contínua do padrão de vida de toda a sociedade⁸²³. Se os ricos tivessem gastado sua riqueza no prazer do consumo pessoal, a acumulação capitalista e o próprio capitalismo teriam sido inviáveis. Desse modo, para Keynes, uma maior desigualdade com fins de acumulação para o bem estar geral das gerações futuras forneceu a principal justificação das desigualdades no sistema capitalista⁸²⁴.

Rawls observa que a justificação apontada por Keynes, estando corretas ou não suas premissas, pode ser feita para se dirigir apenas à melhoria da situação da classe trabalhadora ou, em outras palavras, à preservação do princípio da diferença⁸²⁵. Desse modo, Keynes sustentaria que, embora houvesse várias injustiças no sistema capitalista do século dezenove, não havia possibilidade real de elas serem removidas naquela época. As condições sociais e econômicas dos menos favorecidos não tinham como ser melhoradas, pois outros arranjos institucionais teriam tornado a situação da classe trabalhadora ainda pior⁸²⁶. Para Rawls, não é necessário avaliar a veracidade desse argumento, mas é suficiente notar que ao contrário do que se possa pensar, Keynes não está justificando as dificuldades dos pobres de uma geração anterior em favor do maior bem-estar de uma geração posterior⁸²⁷. Ao contrário, esse raciocínio procura mostrar

⁸²¹ John Rawls, 1971, p. 298; *id.*, 1999a, p. 263. Rawls se refere ao livro de Keynes intitulado “As consequências econômicas da paz” [*The economic consequences of peace*].

⁸²² John Rawls, 1971, p. 298; *id.*, 1999a, p. 263.

⁸²³ John Rawls, 1971, p. 299; *id.*, 1999a, p. 263.

⁸²⁴ John Rawls, 1971, p. 299; *id.*, 1999a, p. 263.

⁸²⁵ John Rawls, 1971, p. 299; *id.*, 1999a, p. 263.

⁸²⁶ John Rawls, 1971, p. 299; *id.*, 1999a, p. 263-264.

⁸²⁷ John Rawls, 1971, p. 299; *id.*, 1999a, p. 264.

que não havia como melhorar a situação da classe trabalhadora naquela época. Esse raciocínio está de acordo com a prioridade dos dois princípios sobre o princípio da eficiência e sobre uma maior soma de vantagens⁸²⁸. Desse modo, para Rawls, sempre que as constrações da poupança justa forem infringidas num arranjo regido pela justiça como equidade, tem-se de mostrar que as circunstâncias são tais que não as vulnerar levaria a um dano ainda maior aos menos favorecidos⁸²⁹. Em outras palavras, tem-se de mostrar que o princípio da diferença foi preservado, junto com toda a ordenação hierárquica dos princípios da justiça como equidade.

Rawls considera, ainda, a justificção apontada por Keynes em relação ao princípio da igualdade equitativa de oportunidade. Isso significa que ele considera o que deve ser alegado para desculpar a infringência à igualdade equitativa e como formular a regra de prioridade apropriada a esse princípio⁸³⁰. Rawls afirma que a infringência à igualdade equitativa é justificada por vários escritores assim: a igualdade equitativa traria consequências graves ao bem público⁸³¹. Desse modo, traços de hereditariedade na assunção das tradições constitucionais colocariam, no poder do estado, pessoas educadas para elas, com ambições moderadas pelos privilégios e amenidades de sua posição de nascimento, ao invés de colocar pessoas que, sem cultura e sem convicção de suas responsabilidades constitucionais, disputam o poder para nele realizar seus fins estreitos⁸³². Entre esses autores, Rawls situa Edmund Burke e Friedrich Hegel. Para Burke, as grandes famílias de governantes contribuem para o bem-estar geral com seu comando político de geração em geração. Para Hegel, a primogenitura, exemplo de restrição à igualdade de oportunidade, asseguraria a independência em relação ao estado, à luta pelo lucro e às várias contingências da sociedade civil para uma classe agrária adequada ao comando político. De forma menos rígida, os favorecidos por instituições como privilégios de família e arranjos de propriedade estariam preparados para ter uma visão mais ampla do interesse geral da sociedade juntamente com pessoas de talento incomum deveriam ser capazes de fazer carreira na classe governante, mas essa condição é incompatível com a igualdade equitativa⁸³³. Nesse caso, o princípio da

⁸²⁸ John Rawls, 1971, p. 299; *id.*, 1999a, p. 264.

⁸²⁹ John Rawls, 1971, p. 299; *id.*, 1999a, p. 264.

⁸³⁰ John Rawls, 1971, p. 299-300; *id.*, 1999a, p. 264.

⁸³¹ John Rawls, 1971, p. 300; *id.*, 1999a, p. 264.

⁸³² John Rawls, 1971, p. 300; *id.*, 1999a, p. 264.

⁸³³ John Rawls, 1971, p. 300; *id.*, 1999a, p. 265.

diferença prevaleceria sobre a igualdade equitativa. Desse modo, Rawls observa que, para ser consistente com a prioridade da oportunidade equitativa sobre o princípio da diferença, é preciso afirmar que a tentativa de eliminar essas desigualdades interferiria tanto no sistema social e nas operações econômicas que as oportunidades dos menos favorecidos seriam ainda mais limitadas no longo prazo⁸³⁴. Isso é coerente com a afirmação de que a prioridade da oportunidade equitativa sobre o princípio da diferença requer apelar para as chances dadas às pessoas com menor oportunidade, isto é, sustentar que há mais alternativas abertas a eles por meio da igualdade equitativa do que por outro meio⁸³⁵. Sustentar que todos se beneficiam com a manutenção de desigualdades de oportunidade é possível apenas quando as circunstâncias justificam a desistência da ordenação lexical em favor de um equilíbrio intuitivo entre igualdade equitativa e benefícios sociais e econômicos⁸³⁶. É possível pensar, aqui, na transição da concepção geral de justiça para os dois princípios ao longo do curso civilizacional. Sobre o princípio da igualdade equitativa, Rawls observa, ainda, que a família pode ser uma barreira para as chances iguais entre os indivíduos, pois o segundo princípio requer oportunidades iguais entre pessoas semelhantemente dotadas e motivadas. Assim, se houver variações familiares na educação das crianças, a igualdade equitativa pode continuar a existir, mas as chances iguais entre os indivíduos não continuarão a existir. Isso levanta, para Rawls, a questão dos limites do princípio da igualdade equitativa de oportunidade. Em relação a essa questão, o autor nota que a urgência de atingir a perfeita igualdade de oportunidade é reduzida com a observância do princípio da diferença e das regras de prioridade que ela sugere⁸³⁷.

Rawls não examina se há argumentos consistentes preponderando [*overriding*] sobre o princípio da igualdade equitativa de oportunidade em favor de uma estrutura hierárquica de classe, pois essas questões não são parte de uma teoria da justiça, mas ele considera que esses argumentos, embora possam parecer mercenários [*self-serving*] e hipócritas, assumem a forma certa quando eles exemplificam a concepção geral de justiça. Nesse contexto, infringências à igualdade equitativa de oportunidade não se justificam por uma maior soma de vantagens para alguns ou para todos, mas pela afirmação de que,

⁸³⁴ John Rawls, 1971, p. 301; *id.*, 1999a, p. 265.

⁸³⁵ John Rawls, 1971, p. 301; *id.*, 1999a, p. 265.

⁸³⁶ John Rawls, 1971, p. 301.

⁸³⁷ John Rawls, 1971, p. 301.

sem essas infringências, as oportunidades destinadas aos menos favorecidos seriam ainda mais limitadas. Isso significa que essas infringências não são injustas quando as condições para atingir a plena realização dos princípios não existam⁸³⁸.

Observadas as considerações de Rawls sobre a regra de prioridade, passemos à apresentação da terceira aproximação do segundo princípio, bem como à enunciação final dos dois princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade, pelo menos como ela consta na edição original de *A theory of justice*⁸³⁹:

Primeiro Princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema total de liberdades básicas iguais compatíveis com um sistema semelhante de liberdade para todos.

Segundo Princípio

Desigualdades sociais e econômicas devem ser arrançadas [organizadas] de modo que elas sejam tanto: (a) para o maior benefício dos menos favorecidos, consistentes com [compatíveis com] o princípio da poupança justa; quanto (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidade.

Primeira Regra de Prioridade (A Prioridade da Liberdade)

Os princípios da justiça devem ser ranqueados em ordem lexical e, portanto, a liberdade só pode ser restringida em nome da liberdade [*for the sake of liberty*]. Há dois casos: (a) uma liberdade menos extensa tem de fortalecer o sistema total de liberdade compartilhado por todos; (b) uma liberdade menos que igual tem de ser aceitável para aqueles com a menor liberdade.

Segunda Regra de Prioridade (A Prioridade da Justiça sobre a Eficiência e o Bem-Estar)

O segundo princípio da justiça é lexicalmente antecedente [*lexically prior*] ao princípio da eficiência e àquele da maximização da soma das vantagens; e a oportunidade equitativa é antecedente ao princípio da diferença. Há dois

⁸³⁸ John Rawls, 1971, p. 302.

⁸³⁹ John Rawls, 1971, p. 302-303. “*First Principle*. Each person is to have an equal right to the most extensive social total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all. *Second Principle*. Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: (a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just savings principle, and (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity. *First Priority Rule* (The Priority of Liberty) The principles of justice are to be ranked in lexical order and therefore liberty can be restricted only for the sake of liberty. There are two cases: (a) a less extensive liberty must strengthen the total system of liberty shared by all; (b) a less than equal liberty must be acceptable to those with the lesser liberty. *Second Priority Rule* (The Priority of Justice over Efficiency and Welfare) The second principle of justice is lexically prior to the principle of efficiency and to that of maximizing the sum of advantages; and fair opportunity is prior to the difference principle. There are two cases: (a) an inequality of opportunity must enhance the opportunities of those with the lesser opportunity; (b) an excessive rate of saving must on balance mitigate the burden of those bearing this hardship. *General Conception*. All social primary goods – liberty and opportunity, income and wealth, and the bases of self-respect – are to be distributed equally unless an unequal distribution of any or all of these goods is to the advantage of the least favored” (grifos no original). Cf. John Rawls, 1999a, p. 266-267. A concepção geral não consta na edição revisada.

casos: (a) uma desigualdade de oportunidade tem de melhorar [*enhance*] as oportunidades daqueles com a menor oportunidade; (b) uma taxa excessiva de poupança tem de mitigar, todos os fatores considerados [*on balance*], o fardo daqueles que carregam essa dificuldade.

Concepção Geral

Todos os bens sociais primários – liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases do autorrespeito – devem ser distribuídos igualmente a menos que uma distribuição desigual de qualquer ou de todos esses bens seja para a vantagem dos menos favorecidos [*to the advantage of the least favored*].

Enfim, eu gostaria de observar duas coisas. Primeiro, observar que o princípio da diferença possui limitações de aplicação. Ele não se aplica à vida interna das associações assim como não se aplica às relações internacionais. O princípio da diferença e os demais princípios de justiça básica, bem como os princípios de justiça política, aplicam-se às associações (igrejas, famílias, universidades, etc.) em suas dimensões de instituições que integram a estrutura básica da sociedade, mas não se aplica à vida interna das associações. Essa distinção de Rawls tem em vista responder a críticas como as de Susan Moller Okin, para quem os dois princípios não se aplicariam à família e, assim não assegurariam justiça igual a mulheres e crianças⁸⁴⁰. Já em *A theory of justice* Rawls situa a família entre as principais instituições que formam a estrutura básica da sociedade. A distinção entre a vida interna das associações e sua dimensão de instituição da estrutura básica pode ser mais bem explicada por meio dos exemplos trazidos pelo autor. Os princípios de justiça política não podem exigir, por exemplo, que a igreja adote um princípio democrático na escolha de seus bispos e arcebispos, mas podem exigir que ela não efetive atos de intolerância. Do mesmo modo, os princípios de justiça política não se aplicam à vida interna da família, mas os princípios de justiça política asseguram que as esposas sejam igualmente cidadãs como seus maridos e tenham os mesmos direitos básicos, liberdades e oportunidades que eles têm⁸⁴¹. O princípio da diferença e os demais princípios de justiça básica, bem como os princípios de justiça política não se aplicam ao âmbito das relações internacionais. Princípios igualitários internacionais como os sugeridos por Charles Beitz e por Thomas Pogge não são aceitos por Rawls, embora ele aceite seus propósitos de assegurar

⁸⁴⁰ John Rawls, 1999b, p. 163. Rawls se refere ao livro de Susan Moller Okin intitulado “Justice, gender, and the family”, de 1989.

⁸⁴¹ John Rawls, 1999b, p. 158-159.

direitos humanos e atender necessidades básicas⁸⁴². Rawls rejeita a possibilidade de o princípio da diferença ser globalmente aplicado por ele suscitar resultados inaceitáveis⁸⁴³. Um exemplo é o de dois países liberais ou decentes que têm a mesma população e o mesmo nível de riqueza em bens primários, sendo que um decide se industrializar ao passo que o outro não⁸⁴⁴. Algumas décadas depois, o primeiro é duas vezes mais abastado do que o segundo. Rawls questiona se o primeiro país deveria ser tributado para dar fundos ao segundo. Para Rawls, há apenas dever de assistência entre os povos. O dever de assistência tem em vista o fortalecimento de instituições justas de um país que ainda as está construindo.

A segunda observação é a respeito da descrição do princípio da igualdade equitativa de oportunidade, do princípio da diferença e do princípio da poupança justa, isto é, dos princípios de justiça básica que foi feita até o momento. Sem dúvida, a descrição desses princípios traz consigo toda a complexidade envolvida em suas formulações e em suas ordenações. Essa característica nos permite compreender a multiplicidade de críticas a que esses princípios estão sujeitos. É difícil supor que todas as pessoas de uma sociedade bem ordenada marcada pelo fato do pluralismo razoável concordassem com cada detalhe relacionado a esses princípios, embora seja possível sustentar que esses princípios decorrem da posição original. É difícil supor, igualmente, que haja fidedignidade de aplicação desses princípios no dia-a-dia de instituições concretas, embora se deva conceder que a justiça como equidade seja uma teoria ideal. Não obstante a importância da descrição detalhada dos princípios, o objetivo principal desse capítulo consiste em permitir compreender como as questões de justiça básica requerem teorias complexas e controvertidas para serem estabelecidos. Isso corrobora os fundamentos da urgência, da concordância, da verificação e da diferença dos papéis da estrutura básica para a distinção dos elementos constitucionais essenciais das questões de justiça básica. Com efeito, o princípio da diferença e as demais questões de justiça básica não fazem parte da constituição do liberalismo político, assim como não fazem parte da constituição da justiça como equidade. Não obstante, o direito a um mínimo

⁸⁴² John Rawls, 1999b, p. 116. Rawls se refere ao livro de Charles Beitz intitulado “Political theory and international relations”, de 1979, e ao livro de Thomas Pogge intitulado “An egalitarian law of peoples”, de 1994.

⁸⁴³ John Rawls, 1999b, p. 117.

⁸⁴⁴ John Rawls, 1999b, p. 117.

social atende a esses requisitos. Vejamos, no próximo capítulo, como Rawls compreende a ideia de direito a um mínimo social.

CAPÍTULO V

5. O direito a um mínimo social em Rawls

Como disse na introdução e na abertura do capítulo quarto, o problema da tese consiste em saber por que o princípio da diferença não é uma parte integrante dos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls, ao passo que o direito a um mínimo social é parte integrante desses elementos. As descrições da constituição da justiça como equidade e da constituição do liberalismo político já nos permitem fornecer preliminarmente a resposta. Um entendimento prévio sobre o princípio da diferença já existe. Resta tratar da ideia de mínimo social em Rawls. Com efeito, embora a relação entre o direito a um mínimo social e a constituição da justiça como equidade, bem como a relação entre o direito a um mínimo social e a constituição do liberalismo político já tenham sido feitas, não consideramos, ainda, a ideia de mínimo social propriamente dita em Rawls⁸⁴⁵. Faremos essa consideração em duas partes. Na primeira, considero a ideia de mínimo social na teoria original da justiça como equidade. Na segunda, considero a ideia de mínimo social no liberalismo político.

5.1. O mínimo social na justiça como equidade

Como vimos no capítulo primeiro, as partes na posição original decidem sobre quais princípios de justiça adotar para reger as principais instituições sociais. Devo acrescentar, agora, que, em meio ao raciocínio que leva aos dois princípios da justiça, as partes cogitam sobre a possibilidade da adoção de um mínimo social. Na abordagem do raciocínio que leva aos dois princípios de justiça, as partes realizam sua escolha, como vimos, em meio a uma lista de concepções alternativas de justiça. A possibilidade de adoção do mínimo social é apresentada na etapa posterior à escolha do princípio da liberdade igual. Antes de escolherem o segundo princípio, as partes consideram a possibilidade de adotar o princípio da utilidade média sujeito à constrição de que certo mínimo social seja garantido⁸⁴⁶. Essa possibilidade figura entre as concepções mistas de justiça. Um princípio utilitarista seria combinado com um mínimo social como uma alternativa ao princípio da diferença. A dificuldade dessa possibilidade, observa Rawls,

⁸⁴⁵ Concentro-me na concepção de mínimo social em Rawls. Sobre outras concepções de mínimo social, cf. Ricardo Lobo Torres, 2009; Paulo Soares Sampaio, 2013; Stuart White, 2008.

⁸⁴⁶ John Rawls, 1971, p. 124; *id.* 1999a, p. 107.

é a mesma enfrentada pelas teorias intuicionistas em geral: não há uma resposta definitiva para a questão da seleção e do ajuste do mínimo social a circunstâncias mutáveis⁸⁴⁷.

Como sabemos, escolha se passa em favor do princípio da igualdade democrática, isto é, da liberdade equitativa de oportunidades e do princípio da diferença, acrescido este do princípio da poupança justa. As partes descartam a adoção do princípio da utilidade média, ainda que ele esteja constringido por um mínimo social⁸⁴⁸. As partes não descartam a adoção de um mínimo social propriamente dito, embora o mínimo social não substitua o princípio da diferença, como veremos mais adiante.

5.1.1 O mínimo social como parte de um arranjo institucional

Na teoria da justiça como equidade original, o mínimo social faz parte da descrição de uma estrutura básica compatível com os dois princípios de justiça. A estrutura exemplificativa descrita por Rawls inclui “direito e governo que agem efetivamente para manter os mercados competitivos, recursos plenamente empregados, propriedade e riqueza [...] amplamente distribuídos pelas formas apropriadas de tributação e para garantir um mínimo social razoável”⁸⁴⁹. Para Rawls, a estrutura básica exemplificada resulta numa distribuição de renda e riqueza tendente a satisfazer o princípio da diferença, desde que haja igualdade equitativa de oportunidade inscrita por educação para todos e desde que as outras liberdades iguais sejam garantidas. Em outras palavras, observadas a prioridade da liberdade e a igualdade equitativa de oportunidade, as vantagens institucionalmente garantidas dos mais bem situados em termos econômicos

⁸⁴⁷ John Rawls, 1971, p. 316-317; *id.* 1999a, p. 278.

⁸⁴⁸ Jeremy Waldron observa a possibilidade de o princípio da utilidade média constringido por um mínimo social ser aceito, à condição que o mínimo seja entendido como atendendo às necessidades básicas essenciais para uma vida decente. Ante essa observação, Rawls nota que uma concepção adequada de mínimo social depende da cultura política pública, que por sua vez depende de como a concepção política de justiça concebe a sociedade política. Esse entendimento de mínimo social se distingue de seu entendimento dado com base nas necessidades básicas da natureza humana considerada psicologicamente ou biologicamente em dissociado de qualquer mundo social particular. John Rawls, 2001, p. xvii e p. 127-128; Paul Weithman, 1995, p. 218-224. Cf. Jeremy Waldron, Rawls and the social minimum, *Journal of Applied Philosophy*, 3, 1986.

⁸⁴⁹ John Rawls, 1971, p. 87. “Suppose that law and government act effectively to keep markets competitive, resources fully employed, property and wealth [...] widely distributed by the appropriate forms of taxation, or whatever, and to guarantee a reasonable social minimum”.

e sociais tendem a melhorar as condições dos menos bem situados. É possível, no entanto, que as vantagens distribuídas não satisfaçam esse princípio. Nesse caso, afirma Rawls, “[...] [as instituições] podem ser ajustadas para fazer isso, por exemplo, estabelecendo um mínimo social no nível apropriado”⁸⁵⁰. A ideia intuitiva de Rawls é a de que as principais instituições sociais que não satisfaçam o princípio da diferença são passíveis de ajuste. O estabelecimento de um mínimo social em um nível apropriado é posto, então, como um exemplo de passo em busca dessa realização.

Na teoria da justiça como equidade, o mínimo social e o arranjo institucional de que ele pode fazer parte têm uma dimensão exemplificativa⁸⁵¹. É preciso compreender bem o significado dessa dimensão. Rawls está preocupado em estabelecer uma teoria contratualista que defina padrões de justiça para formas institucionais políticas e socioeconômicas e não em estabelecer uma teoria contratualista que defina instituições específicas. Assim, o mínimo social e as demais instituições de fundo da justiça distributiva descritos pelo autor são considerados justos na óptica das partes e do equilíbrio reflexivo, mas isso não significa que sejam as únicas possibilidades de realização dos dois princípios de justiça. A dimensão exemplificativa tem o propósito de descobrir o peso prático da justiça como equidade na óptica do cidadão que está tentando organizar seus juízos a respeito da justiça de instituições econômicas e sociais⁸⁵². O mínimo social e o arranjo institucional de que ele pode fazer parte são elementos familiares que o cidadão submete ao equilíbrio reflexivo. O mínimo social, os mercados competitivos, a tributação e a poupança entre gerações ilustram o segundo princípio⁸⁵³ assim como as instituições da democracia liberal ilustram o primeiro princípio⁸⁵⁴. O mínimo social ilustra como o segundo princípio da justiça como equidade pode se concretizar. Com efeito, ele pode se concretizar tanto em meio a instituições já conhecidas, como em meio a instituições a serem criadas. As instituições existentes podem realizar os princípios da justiça que seriam escolhidos numa situação de imparcialidade, desde que elas sejam ajustadas para tanto.

⁸⁵⁰ John Rawls, 1971, p. 87. “[...] they can be adjusted to do so, for example, by setting the social minimum at the appropriate level”.

⁸⁵¹ John Rawls, 1971, p. 274-275; *id.*, 1999a, p. 242-243.

⁸⁵² John Rawls, 1971, p. 265; *id.*, 1999a, p. 234.

⁸⁵³ John Rawls, 1971, p. 265; *id.*, 1999a, p. 234.

⁸⁵⁴ John Rawls, 1971, p. 195; *id.*, 1999a, p. 171.

O mínimo social faz parte de um arranjo institucional. Ele é incluído no arranjo das instituições de fundo [*background institution*] da justiça distributiva que realiza os dois princípios de justiça. As instituições de fundo da justiça distributiva são instituições políticas e jurídicas adequadas, que estruturam o processo econômico e social de modo que a distribuição seja sempre justa⁸⁵⁵. Rawls define as instituições de fundo como adequadas [*suitable*] porque, para ele, é a organização adequada dessas instituições que deve levar o processo distributivo a um resultado justo. Em outras palavras, adequadas, em termos de justiça distributiva, são as instituições que concretizam a noção de justiça procedimental pura. A ideia da justiça como equidade é precisamente fazer uso da noção de justiça procedimental pura para lidar com as circunstâncias particulares de forma que elas sejam sempre justas. São as instituições políticas e jurídicas as responsáveis pela conformação dos processos econômicos e sociais. O resultado justo desses processos depende da adequação dessas instituições num esquema ou num arranjo tal que o torne possível.

5.1.2 O mínimo social: instituição de fundo [*background institution*] de um arranjo institucional e atribuição do setor de transferência

Até o momento, sabemos que o mínimo social é incluído no arranjo das instituições de fundo da justiça distributiva e que ele faz parte da descrição de uma estrutura básica compatível com os dois princípios da justiça, mas não sabemos ainda como Rawls descreve uma estrutura básica assim. Compreender como a justiça como equidade aborda o mínimo social requer compreender como Rawls descreve um arranjo institucional compatível com os dois princípios. Essa é uma parte importante da teoria da justiça como equidade. Com efeito, “o principal problema da justiça distributiva é a escolha de um sistema social”⁸⁵⁶. Por ora, sabemos que esse arranjo deve estar adequado à noção de justiça procedimental pura, noção implícita na elaboração dos dois princípios, bem como aos dois princípios, o da liberdade igual e o da igualdade democrática. Rawls faz uma descrição das instituições de fundo que podem existir em um estado democrático *apropriadamente organizado* que permita a propriedade privada

⁸⁵⁵ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁸⁵⁶ John Rawls, 1971, p. 274; *id.*, 1999a, p. 242. “The main problem of social justice is the choice of a social system”.

do capital e dos recursos naturais⁸⁵⁷. Ele também faz uma descrição dessas instituições para o caso de um regime socialista.

Rawls enumera algumas assunções ou presunções dessas descrições, antes de passar às descrições dos arranjos de propriedade privada e de propriedade socialista que atendem aos dois princípios⁸⁵⁸. Primeiro, Rawls presume que a estrutura básica seja regulada por uma constituição justa que assegure as liberdades da cidadania igual. Isso compreende liberdade de consciência, liberdade de pensamento, valor equitativo da liberdade política, processo político conduzido como um procedimento justo para escolher governos e para elaborar uma legislação justa⁸⁵⁹. Segundo, Rawls supõe que a igualdade de oportunidade seja equitativa. O governo procura garantir chances iguais de educação e cultura para pessoas igualmente dotadas e motivadas, seja por meio de subsídio para escolas privadas, seja por meio de sistema público de ensino; o governo força a aplicação desse princípio nas atividades econômicas e na livre escolha de ocupação por meio de fiscalização de firmas e associações privadas, prevenção de restrições monopolistas e de barreiras às posições mais desejadas⁸⁶⁰. Terceiro, Rawls supõe que o governo garanta “um mínimo social, seja por meio de um salário-família e de pagamentos especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo)”⁸⁶¹.

Descritas as instituições de fundo (a constituição com as liberdades da cidadania igual, a igualdade equitativa de oportunidade e o mínimo social), Rawls passa a descrever um arranjo institucional que estabeleça um regime institucional de propriedade privada que atenda aos dois princípios. Esse arranjo consiste na disposição do estado [*government*] em ramos ou setores [*branches*]. Nas palavras de Rawls, “cada setor consiste de várias agências ou atividades a ele relacionadas encarregadas de preservar certas condições

⁸⁵⁷ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁸⁵⁸ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁸⁵⁹ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁸⁶⁰ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁸⁶¹ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243. “Finally, the government guarantees a social minimum either by family allowances and special payments for sickness and employment, or more systematically by such devices as a graded income supplement (a so-called negative income tax)”.

econômicas e sociais”⁸⁶². O arranjo institucional em questão não se relaciona nem à habitual separação dos poderes do estado⁸⁶³ nem ao sistema de freios e contrapesos⁸⁶⁴, mas à organização dos setores do estado relacionados ao regime da renda e da riqueza.

O arranjo institucional proposto por Rawls⁸⁶⁵ tem como base a ideia de ramos ou setores do estado de Richard Musgrave⁸⁶⁶. Musgrave se ocupa da economia do setor público. Especificamente, ele lida com a parte da economia do setor público conhecida tradicionalmente como finanças públicas. As questões básicas abordadas pela teoria das finanças públicas de Musgrave não são as questões tradicionais do orçamento público como fluxo de receita e despesa. A teoria das finanças públicas de Musgrave está preocupada com problemas de alocação de recursos, distribuição de renda, pleno emprego, crescimento e estabilidade do nível de preços⁸⁶⁷. Ela estuda, portanto, não o acervo completo de políticas econômicas, mas as que operam de modo mais significativo por meio do orçamento público⁸⁶⁸.

Para Musgrave, não existe um conjunto simples de princípios nem uma regra uniforme de comportamento que possa ser aplicada à condução adequada da política econômica ou à condução dessa política por meio do orçamento público. Ao contrário, há diferentes soluções normativas requeridas por funções distintas, não obstante inter-relacionadas, desempenhadas pelo orçamento público. Desse modo, a teoria das finanças públicas tem a tarefa de identificar quais são essas funções, quais são os problemas e ver como objetivos e problemas estão relacionados. A teoria de Musgrave considera a hipótese de um estado em que prevalecem padrões eficientes de planejamento fiscal. Esse estado é dotado de um departamento fiscal cujas responsabilidades são derivadas de uma multiplicidade de objetivos. Para Musgrave, os objetivos da política fiscal são agrupados nos seguintes títulos: “o uso de instrumentos fiscais para (1) assegurar ajustes na alocação de recursos, (2) assegurar ajustes na

⁸⁶² John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243. “Each branch consists of various agencies, or activities thereof, charged with preserving certain social and economic conditions.”

⁸⁶³ John Locke, 1764, p. 167-169.

⁸⁶⁴ Montesquieu, 1758, p. 112-117. [liv. 11, ch. 6].

⁸⁶⁵ John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243.

⁸⁶⁶ Richard Abel Musgrave, 1959; Richard Abel Musgrave e Peggy Brewer Musgrave, 1980.

⁸⁶⁷ Richard Abel Musgrave, 1959, p. 3. Richard Abel Musgrave e Peggy Brewer Musgrave, 1980, p. 3-4.

⁸⁶⁸ Richard Abel Musgrave e Peggy Brewer Musgrave, 1980, p. 4.

distribuição de renda e riqueza e (3) assegurar a estabilização econômica”⁸⁶⁹. Com efeito, a política orçamentária desempenha uma função alocativa porque ela inclui o fornecimento de bens públicos por meio do processo que divide a totalidade dos recursos entre os destinados ao uso no setor público e no setor privado; ela desempenha uma função distributiva porque as medidas fiscais ajustam a distribuição de renda e riqueza nos termos do que a sociedade considera como justo ou adequado e ela desempenha uma função estabilizadora porque ela visa à manutenção de um nível elevado de emprego, a um grau razoável de estabilidade no nível de preços, a uma taxa adequada de crescimento econômico e ao alcance da estabilidade na balança de pagamentos⁸⁷⁰. Musgrave observa que cada uma dessas funções pode ser desempenhada por um ramo, setor ou divisão [*branch*] do departamento fiscal. Esses ramos, setores ou divisões podem ser chamados, respectivamente, de divisão de alocação, de divisão de distribuição e de divisão de estabilização, cada um dotado de seu respectivo administrador⁸⁷¹.

É com base na teoria das finanças públicas de Musgrave que Rawls propõe um arranjo institucional que torne efetivas as instituições de fundo da estrutura básica da sociedade. Nesse contexto é que Rawls descreve o estado (em termos fiscais) como dividido em até cinco ramos ou setores: (1) o ramo ou setor de alocação, (2) o ramo ou setor de estabilização, (3) o ramo ou setor de distribuição, (4) o ramo ou setor de transferências e (5) o ramo ou setor de trocas⁸⁷². Na descrição de Rawls, apenas os quatro primeiros setores são requisitos para a efetivação da concepção de justiça acordada na posição original. Pode-se notar, então, que, em termos de normatividade orçamentária que observa os princípios da justiça, Rawls acrescenta ao modelo de Musgrave apenas o ramo ou setor de transferência. Já em termos do arranjo completo de Musgrave, Rawls acrescenta o ramo ou setor de transferência e o ramo ou setor de trocas.

⁸⁶⁹ Richard Abel Musgrave, 1959, p. 5. “The use of fiscal instruments to (1) secure adjustments in the distribution of income and wealth; and (3) secure economic stabilization”.

⁸⁷⁰ Richard Abel Musgrave e Peggy Brewer Musgrave, 1980, p. 6.

⁸⁷¹ Richard Abel Musgrave, 1959, p. 7.

⁸⁷² John Rawls, 1971, p. 275; *id.*, 1999a, p. 243. A divisão é feita em até cinco setores: o setor de trocas é uma instituição de fundo que não é requerida para a distribuição justa, como será visto mais adiante nesta seção.

Antes de prosseguir em direção à descrição dos setores, vale observar que o exemplo de arranjo institucional em questão expressa uma democracia do pertencimento da propriedade [*property-owning democracy*] regida pelos dois princípios. A democracia do pertencimento da propriedade é proposta originalmente por James Edward Meade⁸⁷³. Nela, há economia de mercado, mas a definição dos direitos de propriedade e o esquema de tributação realizam uma distribuição igual da riqueza. Ela não se confunde com o pertencimento social da propriedade [*social ownership of property*], em que a propriedade é transferida para o estado⁸⁷⁴. Feito esse registro, vejamos como Rawls apresenta exemplificativamente um arranjo institucional que satisfaz os requisitos das instituições de fundo da justiça como equidade.

No arranjo institucional proposto por Rawls, o setor de alocação e o setor de estabilização devem, em conjunto, manter a eficiência da economia de mercado de modo geral, diz Rawls⁸⁷⁵. O setor de alocação possui várias funções. Entre elas, ele deve manter a competitividade do sistema de preços; prevenir a formação de um poder não razoável sobre o mercado; corrigir os desvios de eficiência causados pela falha dos preços em medir com precisão custos e benefícios sociais, o que pode ser feito por meio de impostos, subsídios e mudanças na definição dos direitos de propriedade⁸⁷⁶. Musgrave lembra que o essencial [*the bulk*] da função de alocação é deixado para as forças de mercado, de modo que o setor de alocação fornece condições para que haja eficiência onde as forças do mercado não produzem resultados ótimos⁸⁷⁷. Já o setor de estabilização se esforça para criar de modo razoável o pleno emprego, no sentido de que aqueles que querem trabalho possam encontrá-lo e no sentido de que a livre escolha de ocupação e a mobilização das finanças sejam sustentadas por forte demanda efetiva⁸⁷⁸. Nas palavras de Musgrave, o setor de estabilização não se preocupa com a alocação de recursos entre o setor público e a iniciativa privada, mas com “[...] a manutenção de um alto nível de utilização de recursos e um valor estável da moeda”⁸⁷⁹.

⁸⁷³ James Edward Meade, 1964, p. 40-65.

⁸⁷⁴ James Edward Meade, 1964, p. 66-74.

⁸⁷⁵ John Rawls, 1971, p. 276; *id.*, 1999a, p. 244.

⁸⁷⁶ John Rawls, 1971, p. 276; *id.*, 1999a, p. 244.

⁸⁷⁷ Richard Abel Musgrave, 1959, p. 6.

⁸⁷⁸ John Rawls, 1971, p. 276; *id.*, 1999a, p. 244.

⁸⁷⁹ Richard Abel Musgrave, 1959, p. 22. “Its concern is not with the allocation of resources between public and private, or between alternative private wants. Rather, it is concerned with maintaining a high level of recourse utilization and a stable value of money”.

O setor de distribuição deve preservar uma justiça aproximativa das parcelas distributivas dos ônus e bônus da cooperação social por meio da tributação e dos ajustes necessários nos direitos de propriedade⁸⁸⁰. Musgrave observa que houve um tempo em que o fornecimento de serviços públicos foi considerado a única função legítima do orçamento público e que, posteriormente, a maioria das pessoas passou a reconhecer que as despesas governamentais tendem a ter efeitos sociais e econômicos. Assim, continua esse autor, passou-se a direcionar esses efeitos para alcançar objetivos não relacionados ao fornecimento desses serviços próprios do setor de alocação. Para Musgrave, o setor de alocação tem a atribuição de definir um estado adequado de distribuição e de assegurá-lo⁸⁸¹. Na justiça como equidade original, o setor de distribuição é dividido em duas partes que derivam dos dois princípios da justiça⁸⁸². A primeira parte do setor de distribuição efetiva a liberdade igual e a igualdade equitativa de oportunidade, ao passo que a segunda parte efetiva a igualdade democrática⁸⁸³. É preciso ver como cada parte do setor de distribuição realiza os respectivos princípios.

A primeira parte do setor de distribuição emprega gradativa e continuamente impostos sobre herança e doação [*inheritance and gift taxes*] bem como restrições sobre os direitos de legado [*rights of bequest*] combinados com o princípio progressivo no interesse do beneficiário⁸⁸⁴, quando o princípio progressivo for necessário⁸⁸⁵. Ela emprega também uma definição legal dos direitos de propriedade que assegure as instituições da liberdade igual e o valor equitativo dos direitos que elas estabelecem⁸⁸⁶. A tributação empregada pela primeira parte do setor de distribuição não tem finalidade arrecadatória, no sentido de angariar recursos para o estado. Suas finalidades são as de corrigir a distribuição de riqueza e de prevenir concentrações de poder que prejudiquem o valor equitativo da liberdade política e da liberdade equitativa de oportunidade⁸⁸⁷. A herança, o legado e a doação são permitidos, podendo haver tributação progressiva no interesse do beneficiário. A tributação progressiva no interesse do beneficiário é

⁸⁸⁰ John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 245.

⁸⁸¹ Richard Abel Musgrave, 1959, p. 17.

⁸⁸² John Rawls, 1971, p. 279; *id.*, 1999a, p. 247.

⁸⁸³ John Rawls, 1971, p. 279; *id.*, 1999a, p. 247.

⁸⁸⁴ James Edward Meade, 1964, p. 54-58.

⁸⁸⁵ John Rawls, 1971, p. 279; *id.*, 1999a, p. 247.

⁸⁸⁶ John Rawls, 1971, p. 279; *id.*, 1999a, p. 247.

⁸⁸⁷ John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 245.

sustentada por James Meade⁸⁸⁸. Para Meade, o princípio progressivo deve observar a quantidade restante de bem-estar do beneficiário depois do legado e da tributação. Se o beneficiário tiver uma pequena quantidade de patrimônio ao final, a tributação deve ser pequena. Se o beneficiário tiver uma grande quantidade de patrimônio ao final, a tributação deve ser maior. Um exemplo de escala de obrigações que observa esse princípio é apresentado em sua obra⁸⁸⁹. É no sentido de observar a situação econômica do beneficiário, favorecendo o beneficiário de situação econômica menos abastada, que a tributação progressiva pode ser realizada em seu interesse. Na concepção rawlsiana de justiça, a tributação incidente sobre transferências *inter vivos* e *causa mortis* encoraja a ampla dispersão da propriedade, que é uma condição necessária, ao que parece, para que o valor equitativo das liberdades iguais seja mantido. Além disso, a tributação na medida certa sobre as transferências de patrimônio efetiva a condição de que as desigualdades delas resultantes sejam para a vantagem dos menos afortunados e compatíveis com a liberdade e com a igualdade equitativa de oportunidade⁸⁹⁰.

A segunda parte do setor de distribuição consiste num esquema de tributação [*taxation*] voltado para auferir a arrecadação requerida para a realização da concepção de justiça acordada na posição original⁸⁹¹. Ao contrário do que acontece com a primeira parte, a segunda parte do setor de distribuição tem finalidade arrecadatória, no sentido de captar recursos para o estado, para que os bens públicos e as transferências necessárias à satisfação do princípio da diferença sejam realizados⁸⁹². Rawls afirma que essas atribuições pertencem ao setor de distribuição em razão de o ônus da tributação dever ser estabelecido de maneira justa⁸⁹³. Tomando por base Nicholas Kaldor, Rawls sugere que um imposto sobre o consumo pode fazer parte do melhor esquema tributário e pode ser preferível a um imposto sobre a renda. A tese sustentada por Kaldor é a de que os objetivos redistributivos de uma tributação progressiva não estão necessariamente em

⁸⁸⁸ James Edward Meade, 1964, p. 55-56.

⁸⁸⁹ James Edward Meade, 1964, p. 88-89.

⁸⁹⁰ Rawls sustenta que as transferências *inter vivos* e *causa mortis* são tão injustas quanto a herança de dons naturais como inteligência, beleza e habilidade. Essa discussão escapa aos objetivos da tese, mas, só para mencionar, isso suscitaria a polêmica tributação sobre dons naturais. Cf. John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 245. Liam Murphy e Thomas Nagel, 2002, p. 121-125.

⁸⁹¹ John Rawls, 1971, p. 278; *id.*, 1999a, p. 246.

⁸⁹² John Rawls, 1971, p. 278; *id.*, 1999a, p. 246.

⁸⁹³ John Rawls, 1971, p. 278; *id.*, 1999a, p. 246.

conflito com as considerações de eficiência e progresso⁸⁹⁴. Kaldor procura mostrar que o conflito entre igualitarismo e eficiência existe na tributação progressiva sobre a renda, mas não na tributação progressiva sobre o consumo que, ao invés, contribuiria para aumentar tanto a equidade quanto a eficiência e o progresso numa economia⁸⁹⁵ de forma praticável⁸⁹⁶. Além disso, a tributação sobre o consumo pode ser preferível porque o imposto sobre o consumo tributa de acordo com quanto uma pessoa retira da reserva comum de bens e não de acordo com o que ela contribui⁸⁹⁷. O imposto sobre o consumo total poderia ser cobrado anualmente e conter as isenções usuais por dependente e assim por diante⁸⁹⁸. Para Rawls os argumentos a favor da inclusão de um imposto sobre o consumo na segunda parte do setor de distribuição não obstam a consideração de que um imposto sobre a renda também pode fazer parte do melhor esquema tributário⁸⁹⁹. Antes de observar as considerações de Rawls sobre o setor de transferências, duas questões relativas ao setor de distribuição são levantadas por ele.

Uma questão que interessa às duas partes do setor de distribuição é a de saber se a tributação deveria ser proporcional ou se deveria ser progressiva. Nicholas Gregory Mankiw lembra que um imposto é proporcional quando a alíquota é a mesma para qualquer valor da base de cálculo, ao passo que um imposto é progressivo quando a alíquota aumenta à medida que aumenta o valor da base de cálculo⁹⁰⁰. Assumindo que as rendas sejam ganhas de forma justa, Rawls sustenta que um imposto proporcional pode fazer parte do melhor esquema tributário por tratar todo mundo de maneira uniforme e por ser mais eficiente ao interferir menos nos incentivos, ao passo que um imposto progressivo pode ser melhor apenas quando for necessário evitar acumulações de propriedade tendentes a minar as instituições de uma estrutura básica conformes ao primeiro princípio e à igualdade equitativa de oportunidade⁹⁰¹. Assim como o imposto proporcional pode ser considerado como parte de um esquema tributário de uma sociedade bem-ordenada ilustrativa do conteúdo dos dois princípios, o imposto

⁸⁹⁴ Nicholas Kaldor, 1955, p. 15.

⁸⁹⁵ Nicholas Kaldor, 1955, p. 15; p. 173-188 e p. 192 e ss.

⁸⁹⁶ Nicholas Kaldor, 1955, p. 192 e ss.

⁸⁹⁷ Thomas Hobbes, 1651, p. 267 [chapter 30]; John Stuart Mill, 1965, p. 825; Nicholas Kaldor, 1955, p. 11, John Rawls, 1971, p. 278-279; *id.*, 1999a, p. 246.

⁸⁹⁸ John Rawls, 1971, p. 278-279; *id.*, 1999a, p. 246.

⁸⁹⁹ John Rawls, 1971, p. 279; *id.*, 1999a, p. 247.

⁹⁰⁰ Nicholas Gregory Mankiw, 2014, p. 247.

⁹⁰¹ John Rawls, 1971, p. 279; *id.*, 1999a, p. 246.

progressivo pode ser considerado como parte de um esquema tributário para uma sociedade de instituições sociais injustas, pois, numa sociedade estruturada com base em instituições injustas, um arranjo tributário pode conter um equilíbrio de imperfeições que façam dele o melhor arranjo tributário em termos de justiça⁹⁰². Em outras palavras, a tributação proporcional faz parte de uma teoria ideal assim como a tributação progressiva faz parte de uma teoria não ideal da justiça. Vale observar que, para a teoria original da justiça como equidade, essas são questões de julgamento político e não propriamente partes de uma teoria da justiça⁹⁰³.

Outra questão que interessa às duas partes do setor de distribuição é a de saber se os critérios tradicionais de tributação como o critério do benefício recebido ou da capacidade contributiva são levados em conta⁹⁰⁴. Esses são os critérios mais tradicionais relacionados ao pagamento de tributos. Musgrave afirma que eles são encontrados em Adam Smith e abrem *approaches* distintos na teoria da tributação, cada um com prós e contras quanto à sua adoção⁹⁰⁵. Com efeito, Adam Smith põe em evidência o critério da capacidade contributiva em sua dimensão de justiça, ao passo que o critério do benefício parece ser uma interpretação com base na dimensão de utilidade dos tributos⁹⁰⁶. De acordo com Mankiw, o princípio do benefício [*the benefits principle*] afirma que os tributos devem ser pagos de acordo com os benefícios que os contribuintes recebem dos serviços governamentais, ao passo que o princípio da capacidade contributiva [*the ability-to-pay principle*] afirma que os tributos devem ser pagos de acordo com quão bem os contribuintes podem suportar o ônus tributário⁹⁰⁷. A questão se coloca porque esses *approches* expressam visões diferentes sobre o processo público de receita e despesa. Musgrave nos ajuda a compreender as implicações desses critérios⁹⁰⁸. Do ponto de vista do *approach* do benefício, a relação entre os contribuintes e o estado é

⁹⁰² John Rawls, 1971, p. 279; *id.*, 1999a, p. 246-247.

⁹⁰³ John Rawls, 1971, p. 279; *id.*, 1999a, p. 246.

⁹⁰⁴ John Rawls, 1971, p. 279; *id.*, 1999a, p. 247.

⁹⁰⁵ Richard Abel Musgrave, 1959, p. 61-115.

⁹⁰⁶ Adam Smith, 1937, p. 777-779; *id.*, 1982, p. 398, p. 529-535. David Lieberman, 2006, p. 235. Emma Rothschild e Amartya Sen, 2006, p. 353-357. Smith traz quatro máximas sobre tributação, sendo a primeira relativa à igualdade das contribuições na proporção da capacidade contributiva, a segunda à não-arbitrariedade da cobrança, a terceira à conveniência do pagamento pelo contribuinte e a quarta à eficiência da arrecadação, de forma que o valor pago seja mínimo e o valor arrecadado, máximo. Smith afirma a justiça (primeira) e a utilidade (segunda a quarta) das máximas da tributação. Smith dá ênfase à repartição entre tributação sobre patrimônio e sobre consumo e sustenta a vantagem desta em relação àquela.

⁹⁰⁷ Nicholas Gregory Mankiw, 2014, p. 246-247.

⁹⁰⁸ Richard Abel Musgrave, 1959, p. 62.

uma relação de troca, de forma que as regras do orçamento público são vistas como semelhantes às regras de mercado. Do ponto de vista do *approach* da capacidade contributiva, a relação entre os contribuintes e o estado é um problema independente, que não se relaciona com os benefícios recebidos, no sentido de que os pagamentos são compulsórios e de que o orçamento público é um problema de planejamento não sujeito às soluções suscitadas pelo funcionamento automático do mercado. Para Rawls, o alcance [*scope*] desses critérios é regulado pelos dois princípios de justiça⁹⁰⁹. Desse modo, a capacidade contributiva e o princípio do benefício não possuem força independente, no sentido de que seus argumentos não se sustentam por si sós, nem pressupõem as assunções de padrões dos utilitaristas sobre as utilidades individuais, como semelhança de função de utilidade entre indivíduos e a correspondente diminuição marginal de utilidade⁹¹⁰. Rawls observa que as funções de utilidade permanecem sendo um problema para a teoria utilitarista, mas não para a teoria contratualista, pois o objetivo do ramo ou setor de distribuição não é maximizar o saldo líquido de satisfação, mas estabelecer instituições de fundo justas⁹¹¹. Em outras palavras, a predominância de um ou de outro critério não depende de seus respectivos *approaches*, mas dos ajustes práticos que permitem a realização dos princípios de justiça num arranjo financeiro específico. Resolvida essa questão, voltemos à análise dos setores relativos à função financeira do estado.

O setor de transferência é o setor responsável pelo mínimo social: seu funcionamento deve garantir certo nível de bem-estar, no sentido de honrar as reivindicações da necessidade em relação a outras reivindicações⁹¹². O setor de transferência decorre das instituições de fundo da justiça como equidade e não da teoria das finanças públicas. Com efeito, a moderna teoria das finanças públicas considera a relação coordenada⁹¹³ entre o setor de alocação, o setor de distribuição e o setor de estabilização⁹¹⁴. O setor de transferência é um setor não previsto no esquema institucional de Musgrave⁹¹⁵. Talvez por isso Rawls seja levado a fazer algumas considerações sobre a divisão de funções

⁹⁰⁹ John Rawls, 1971, p. 279; *id.*, 1999a, p. 247.

⁹¹⁰ John Rawls, 1971, p. 280; *id.*, 1999a, p. 247.

⁹¹¹ John Rawls, 1971, p. 280; *id.*, 1999a, p. 247.

⁹¹² John Rawls, 1971, p. 276; *id.*, 1999a, p. 244.

⁹¹³ Richard Abel Musgrave e Peggy Brewer Musgrave, 1980, p. 13-16.

⁹¹⁴ Richard Abel Musgrave, 1959, p. 3-27. Richard Abel Musgrave e Peggy Brewer Musgrave, 1980.

⁹¹⁵ Richard Abel Musgrave, 1959.

entre os setores do arranjo financeiro do estado, mostrando a pertinência de um setor especialmente voltado para a garantia do mínimo social.

O ponto de partida de Rawls é o reconhecimento de que a justiça das parcelas distributivas depende das instituições de fundo e de como elas alocam a renda total (salários e outras rendas mais transferências)⁹¹⁶. Compreender essa afirmação de Rawls requer lembrar que o sistema de preços, como menciona Meade, desempenha uma dupla função alocativa e distributiva perante os fatores de produção e a renda dos fatores⁹¹⁷. Sua função é a de contribuir com suas informações para a determinação competitiva da distribuição da renda e da alocação de fatores. Em outras palavras, a função do sistema de preços é a de providenciar uma distribuição *eficiente* e não uma distribuição *justa* ou *equitativa* da renda. A distribuição justa ou equitativa da renda depende das instituições de fundo, isto é, de como as instituições de fundo regem o funcionamento do arranjo financeiro do estado. Rawls reconhece haver, com razão, fortes objeções à determinação competitiva da renda total⁹¹⁸. A determinação competitiva da renda total ignora as reivindicações da necessidade e de um apropriado padrão de vida; diante das contingências do mercado, diz o autor, é racional que os cidadãos queiram proteger a si e a seus descendentes por meio de uma legislação que garanta um mínimo social⁹¹⁹. Do mesmo modo que a constituição garante o mínimo social como direito permanente que assegura o valor da liberdade política, a legislação garante o mínimo social como forma racional de proteção contra as contingências do mercado. Rawls lembra que isso é presumido pelo princípio da diferença⁹²⁰. Para Rawls, “uma vez que um *mínimo adequado seja providenciado pelas transferências*, pode ser perfeitamente equitativo que *o resto da renda total seja fixado pelo sistema de preço*, assumindo que ele seja moderadamente eficiente, livre de restrições monopolistas e que externalidades não razoáveis tenham sido eliminadas” (grifo meu)⁹²¹. Assim, a teoria da justiça como equidade chega a seu ponto de concretização considerando ser equitativo que a renda total seja determinada em parte pelo critério de necessidade (transferência do mínimo

⁹¹⁶ John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 244.

⁹¹⁷ James Edward Meade, 1964, p. 11.

⁹¹⁸ John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 244-245.

⁹¹⁹ John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 244-245.

⁹²⁰ John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 245. Do ponto de vista do estágio *legislativo*, é racional que asseguremos para nós e para nossos descendentes uma *proteção contra as contingências do mercado*: pode-se presumir que *o princípio da diferença exige isso*.

⁹²¹ John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 245.

social) e em parte pelo critério de competitividade eficiente (renda do trabalho e outras rendas). É possível afirmar que Rawls confia que o resto da renda total seja fixado pelo sistema de preços precisamente porque itens como a moderada eficiência, a ausência de externalidades não razoáveis e de restrições monopolistas resultam de uma constituição que assegura o valor da liberdade política e de uma legislação que garante a igualdade equitativa de oportunidade e o princípio da diferença por meio de definições adequadas do direito de propriedade e de instrumentos tributários e orçamentários. Compreendido isso, compreende-se que a necessidade fundamenta a transferência, assim como a eficiência fundamenta a renda dos fatores de produção. Os problemas específicos relacionados às demandas da necessidade requerem um ramo, setor ou divisão específico do estado responsável pelas transferências, isto é, responsável pelo mínimo social.

Além dessa razão, há outra que justifica o acréscimo do ramo, setor ou divisão de transferência no arranjo inicial de Musgrave. Rawls pensa ser mais efetivo lidar com as reivindicações da necessidade por meio de um setor específico, o setor de transferências, do que lidar com elas por meio de tentativas de regular a renda fazendo uso de instrumentos como salário-mínimo e assemelhados⁹²². A distinção entre necessidade e eficiência, entre transferência e renda de fator de produção, está na base da afirmação de que o mercado não é adequado para satisfazer as demandas da necessidade e de que essas demandas devem ser atendidas por um setor específico⁹²³. Diante dessas distinções, Rawls conclui que a questão de saber “se os princípios da justiça estão satisfeitos, então, depende de saber se a renda total dos menos favorecidos (salários mais transferências) é tal que maximize suas expectativas de longo prazo (em consistência com as restrições da liberdade igual e da liberdade equitativa de oportunidade)”⁹²⁴. Assim, unem-se o mínimo social e o princípio da diferença, bem como esses dois e a igualdade equitativa de oportunidade e a liberdade igual.

⁹²² John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 245.

⁹²³ John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 245.

⁹²⁴ John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 245. “Whether the principles of justice are satisfied, then, turns on whether the total income of the least advantaged (wages plus transfers) is such as to maximize their long-run expectations (consistent with the constraints of equal liberty and fair equality of opportunity)”.

As instituições de fundo (a constituição com as liberdades da cidadania igual, a igualdade equitativa de oportunidade e o mínimo social) e os quatro primeiros setores do arranjo institucional responsável pelo regime da renda e da riqueza (setor de alocação, setor de estabilização, setor de distribuição e setor de transferência) são suficientes para os propósitos da teoria da justiça como equidade. Rawls supõe que sua descrição mostra que os dois princípios da justiça são praticáveis. A suposição é a de que “os dois princípios da justiça levem a um sistema definido de atividades governamentais e de definições jurídicas da propriedade juntamente com um quadro de impostos”⁹²⁵. Ao menos, penso eu, o arranjo institucional da renda e da riqueza descrito parece ser compatível com os dois princípios da justiça. Nesse caso, afirma Rawls, o total de gastos públicos e as fontes necessárias de receita estão bem definidos e a distribuição de renda e riqueza resultante é justa, qualquer que seja ela⁹²⁶. As instituições de fundo e os quatro primeiros setores do estado são suficientes para levar a um regime justo da renda e da riqueza; eles possuem atribuições inerentes à realização da justiça.

Rawls considera que, de as instituições de fundo e de os quatro primeiros setores do estado serem suficientes para realização da justiça no regime de renda e riqueza, não se segue que os cidadãos não decidam fazer mais gastos públicos⁹²⁷. Pode acontecer de um número suficiente deles achar que os benefícios marginais dos bens públicos são maiores do que os de bens postos à disposição por meio do mercado⁹²⁸. Nesse caso, contudo, o princípio norteador deixa de ser a justiça: nenhuma instituição de fundo e nenhum dos setores vistos até agora se rege pelo princípio do maior benefício marginal. Assim, resolvido o problema de um regime justo de renda e riqueza, é possível que se institua o quinto setor do estado relacionado ao regime de renda e riqueza: o setor de trocas.

O setor de trocas deve tomar nota dos vários interesses sociais e de suas preferências por bens públicos⁹²⁹ e efetivá-los, observando-se que a constituição autoriza esse setor a considerar apenas os projetos aprovados no legislativo que estabelecerem, para o

⁹²⁵ John Rawls, 1971, p. 282; *id.*, 1999a, p. 249.

⁹²⁶ John Rawls, 1971, p. 282; *id.*, 1999a, p. 249.

⁹²⁷ John Rawls, 1971, p. 282; *id.*, 1999a, p. 249.

⁹²⁸ John Rawls, 1971, p. 282; *id.*, 1999a, p. 249.

⁹²⁹ John Rawls, 1971, p. 282; *id.*, 1999a, p. 249.

governo, atividades independentes do que a justiça requer e que essas atividades devem ser aprovadas apenas quando elas satisfizerem ao critério de unanimidade de Knut Wicksell⁹³⁰. Com efeito, considerando que as instituições de fundo (o mínimo social e os dois princípios) estejam descritas e que o sistema institucional financeiro do estado (receitas e despesas para os quatro primeiros setores) esteja definido, nada impede que os cidadãos decidam realizar mais gastos públicos, observa Rawls⁹³¹. Trata-se de uma escolha dos cidadãos de uma sociedade econômica e socialmente justa pelo fornecimento de certos bens e serviços por meio do setor público que poderiam ser fornecidos por meio do mercado. Como a renda e a riqueza são distribuídas de acordo com a concepção de justiça, o sistema financeiro do estado comporta um setor que não tem o objetivo de contribuir para a realização da concepção, embora esteja a ela subordinado. Vale lembrar que esse setor não faz parte do arranjo institucional financeiro descrito por Musgrave⁹³².

A questão que surge é a de como funciona o financiamento desse setor, já que o sistema institucional financeiro do estado já está definido para atender às instituições de fundo. De acordo com Rawls, o setor de trocas providencia bens públicos se a unanimidade ou a quase unanimidade dos cidadãos de uma sociedade justa pensam ter mais utilidade marginal no fornecimento público de certos bens e serviços do que no seu fornecimento privado⁹³³. O setor de trocas está condicionado ao critério de unanimidade de Wicksell bem como está apoiado numa ideia que serve de base ao critério de unanimidade proposto por esse autor. Para Wicksell, a aplicação prática do que ele chama de *princípio da livre vontade e unanimidade da aprovação dos tributos*⁹³⁴ ou de *princípio da relativa unanimidade da aprovação dos tributos*⁹³⁵ “[...] requer antes de tudo que nunca uma despesa seja votada sem que, ao mesmo tempo, o meio de sua cobertura seja decidido [...]”⁹³⁶. Isso significa, diz Rawls, que nenhum gasto público é votado a não ser que ao mesmo tempo os meios de cobrir seus custos sejam acordados, se não por

⁹³⁰ John Rawls, 1971, p. 282; *id.*, 1999a, p. 249.

⁹³¹ John Rawls, 1971, p. 282; *id.*, 1999a, p. 249.

⁹³² Richard Abel Musgrave, 1959, p. 7.

⁹³³ John Rawls, 1971, p. 282; *id.*, 1999a, p. 249.

⁹³⁴ Knut Wicksell, 1896, p. 115; *id.* 1967, p. 91. Richard Abel Musgrave, 1959, p. 127-128.

⁹³⁵ Knut Wicksell, 1896, p. 119; *id.* 1967, p. 93. Richard Abel Musgrave, 1959, p. 127-128.

⁹³⁶ Knut Wicksell, 1896, p. 115; *id.* 1967, p. 91. „Die praktische Durchführung dessen, was ich als das Prinzip der Freiwilligkeit und Enstrimmigkeit der Steuerbewilligung bezeichnen möchte, erfordert nun vor allem, dass niemals eine Ausgabe votiert wird, ohne dass zur selben Zeit über die Mittel zu ihrer Deckung entschieden wird, [...]“.

unanimidade, pelo menos por uma quase unanimidade⁹³⁷. Wicksell considera que “esse procedimento, que antes era regra nos estados constitucionais, tornou-se mais e mais fora de uso no atual funcionamento orçamentário”⁹³⁸. Em vários casos, lembra esse autor, as casas legislativas aceitaram a conexão lógica entre a aprovação de despesas e a simultânea aprovação do financiamento dos custos⁹³⁹. Diante de importantes inovações financeiras, elas estabeleceram um plano geral de financiamento, isto é, um plano de introdução gradativa de novos tributos, de sorte que as despesas de aceitação geral eram financiadas por todos, ao passo que as despesas de popularidade duvidosa eram tornadas mais palatáveis por meio de tributos pagos pelas classes mais abastadas⁹⁴⁰. No entanto, lamenta Wicksell, esses planos de financiamento não são mais constitucionalmente vinculantes e são efetivados apenas enquanto a opinião pública não se volta para outros assuntos⁹⁴¹. Para Rawls, a ideia de Wicksell é a de que, se um bem público consistir num uso eficiente dos recursos sociais, tem de haver alguma forma de distribuir os impostos extras entre os diferentes tipos de contribuintes que venha a ganhar a aprovação unânime, mas se tal proposta não existir, o gasto sugerido é desperdício e não deveria ser aceito⁹⁴². Assim, um projeto de lei propondo uma nova atividade pública tem por requisito conter um ou mais arranjos alternativos para dividir os custos⁹⁴³. Wicksell procura, assim, fazer uso do princípio da eficiência para o caso dos gastos públicos.

As considerações de Wicksell nos ajudam a compreender que o financiamento do setor de trocas deve se reger pelo princípio do benefício. Os cidadãos que querem mais gastos públicos além dos requeridos pelas instituições de fundo devem recorrer ao setor de trocas para ver se os novos tributos podem ser objeto de acordo, isto é, para ver se todos os potenciais beneficiários concordam com o aumento de suas contribuições tributárias⁹⁴⁴. Com efeito, observa Rawls, usar o aparato do estado para compelir alguns cidadãos a pagar por benefícios que eles não desejam equivale a forçá-los a reembolsar

⁹³⁷ John Rawls, 1971, p. 282; *id.*, 1999a, p. 249-250.

⁹³⁸ Knut Wicksell, 1896, p. 115; *id.* 1967, p. 91. „Dieses Verfahren, welches früher in konstitutionellen Staaten die Regel war, ist in der heutigen Budget-Wirtschaft mehr und mehr assen Uebung gekommen, [...]“

⁹³⁹ Knut Wicksell, 1896, p. 116; *id.* 1967, p. 91.

⁹⁴⁰ Knut Wicksell, 1896, p. 116; *id.* 1967, p. 91.

⁹⁴¹ Knut Wicksell, 1896, p. 116; *id.* 1967, p. 91.

⁹⁴² John Rawls, 1971, p. 282-283; *id.*, 1999a, p. 250.

⁹⁴³ Knut Wicksell, 1896, p. 117; *id.* 1967, p. 92. John Rawls, 1971, p. 282; *id.*, 1999a, p. 250.

⁹⁴⁴ John Rawls, 1971, p. 283; *id.*, 1999a, p. 250.

outras pessoas por seus gastos privados⁹⁴⁵. Isso suscita a necessidade de o orçamento de troca ser distinto do orçamento nacional⁹⁴⁶. É o orçamento do setor de troca ou orçamento de troca que é determinado pelos gastos que são finalmente aceitos pelo princípio da (relativa) unanimidade da aprovação de tributos de Wicksell. Essa separação evita confundir atividades governamentais ou gastos públicos necessários para sustentar instituições justas com atividades governamentais ou gastos públicos que derivam da utilidade dos beneficiados⁹⁴⁷. Assim, a base do setor de trocas é o princípio de utilidade, financiado pela tributação fundamentada no benefício, ao passo que as bases dos quatro setores anteriores são as instituições de fundo, isto é, os dois princípios da justiça e o pré-requisito do mínimo social. Disso se seguem duas observações. A primeira é a de que, embora o setor de trocas atenda aos critérios de utilidade e eficiência por meio da tributação segundo o benefício e isso justifique o critério de unanimidade para o orçamento de troca, é preciso notar que esse setor e seu orçamento presumem a justiça na distribuição de renda e riqueza. O critério de unanimidade deixa de veicular os defeitos do princípio da eficiência tanto em Wicksell quanto em Rawls precisamente em razão dessa presunção. Quando essa condição é satisfeita, afirma Rawls, então o princípio de unanimidade é consistente⁹⁴⁸. A segunda é a de que, em teoria, a escolha pelo fornecimento de certos bens e serviços por meio do setor público acontece quando a utilidade proporcionada pelo fornecimento público é igual ou superior à utilidade proporcionada pelo fornecimento privado. Considerando isso, “os membros de uma comunidade podem se juntar para comprar bens públicos até o ponto em que seu valor marginal se iguala àquele de bens privados”⁹⁴⁹. No entanto, Rawls reconhece ser frequentemente difícil distinguir entre os dois tipos de atividades governamentais, de forma que alguns bens públicos podem parecer pertencer às duas categorias. A distinção entre bens públicos fornecidos pelo estado e pelo mercado é uma questão resolvida pelos cidadãos. Com efeito, de acordo com Hal Ronald Varian, o bem público pode ser conceituado economicamente como um bem que tem de ser fornecido na mesma quantidade para todos os consumidores, não obstante cada consumidor possa lhe atribuir um valor diferente, e que pode ser fornecido tanto pelo estado quanto pelo

⁹⁴⁵ John Rawls, 1971, p. 283; *id.*, 1999a, p. 250.

⁹⁴⁶ John Rawls, 1971, p. 283; *id.*, 1999a, p. 250.

⁹⁴⁷ John Rawls, 1971, p. 284; *id.*, 1999a, p. 251.

⁹⁴⁸ John Rawls, 1971, p. 283; *id.*, 1999a, p. 250.

⁹⁴⁹ John Rawls, 1971, p. 283; *id.*, 1999a, p. 250. “In theory members of the community can get together to purchase public goods up to the point where their marginal value equals that of private goods”.

mercado⁹⁵⁰. As ruas e calçadas e a defesa nacional são exemplos de bens públicos fornecidos pelo estado⁹⁵¹. Rawls ressalva que está preocupado apenas com a distinção teórica dos bens públicos do orçamento nacional e do orçamento de troca, na medida necessária às finalidades de seu trabalho⁹⁵².

Uma questão importante diz respeito ao corpo representativo do setor de trocas. Para viabilizar eficientemente os bens públicos, isto é, para viabilizar bens e serviços onde o mecanismo de mercado falha⁹⁵³, o setor de trocas institui um corpo especial de negócios, isto é, um corpo representativo separado, que não se confunde com o corpo representativo do poder legislativo⁹⁵⁴. “Estritamente falando, [...], a ideia do setor ou divisão de troca não é parte da sequencia de quatro estágios”, diz Rawls⁹⁵⁵. Na teoria da justiça como equidade, o véu da ignorância se aplica ao estágio legislativo, pois ele é responsável por realizar as instituições de fundo (os dois princípios e o requisito do mínimo social) e, nesse sentido, os representantes não são guiados por seus interesses: os legisladores são imparciais e aprovam normas que concretizam as instituições de fundo⁹⁵⁶. O véu da ignorância, por sua vez, não se aplica ao setor de trocas. Ele é um arranjo ou organização negocial e não uma instância de realização da concepção de justiça. Portanto, o corpo negocial trabalha sem restrições prévias à informação, pois disso depende seu conhecimento sobre suas valorações relativas a bens públicos e bens privados⁹⁵⁷, e com o intuito de realizar seus interesses⁹⁵⁸. A razão dessa separação é a mesma razão da separação do orçamento de troca: evitar confundir atividades governamentais ou gastos públicos necessários para sustentar instituições justas com atividades governamentais ou gastos públicos que derivam da utilidade dos beneficiados⁹⁵⁹.

Para concluir essa seção, resta abordar uma questão e fazer uma observação. Eu disse anteriormente que o acréscimo de Rawls ao arranjo institucional financeiro descrito por

⁹⁵⁰ Hal Ronald Varian, 2003, p. 719-720.

⁹⁵¹ Hal Ronald Varian, 2003, p. 719-720.

⁹⁵² John Rawls, 1971, p. 284; *id.*, 1999a, p. 251.

⁹⁵³ John Rawls, 1971, p. 283; *id.*, 1999a, p. 250.

⁹⁵⁴ John Rawls, 1971, p. 283; *id.*, 1999a, p. 250.

⁹⁵⁵ John Rawls, 1971, p. 284; *id.*, 1999a, p. 251.

⁹⁵⁶ John Rawls, 1971, p. 284; *id.*, 1999a, p. 251.

⁹⁵⁷ John Rawls, 1971, p. 283-284; *id.*, 1999a, p. 250-251.

⁹⁵⁸ John Rawls, 1971, p. 283; *id.*, 1999a, p. 250.

⁹⁵⁹ John Rawls, 1971, p. 284; *id.*, 1999a, p. 251.

Musgrave está não apenas condicionado ao critério de unanimidade de Wicksell, mas também está apoiado numa ideia que serve de base a esse critério. Wicksell reconhece que seu critério de unanimidade ou de unanimidade aproximada comporta exceções: uma pequena lista de gastos que são listados na constituição⁹⁶⁰. Com efeito, o critério de unanimidade e sua lista de exceções devem constar na constituição como norma do processo legislativo no que se refere a questões fiscais. Para Wicksell, o gasto com a finalidade de aumentar a utilidade esperada por um país e o gasto resultante de obrigação reconhecida não se confundem: a tributação de acordo com o benefício aprovada de acordo com a regra de unanimidade aproximada não se aplica aos gastos necessários ao atendimento de uma obrigação⁹⁶¹. Os gastos resultantes de uma obrigação reconhecida, de que trata Wicksell, correspondem aos gastos resultantes das necessidades de efetivação das instituições de fundo. Essa distinção encontrada em Wicksell nos ajuda a compreender a distinção encontrada em Rawls entre a obrigatoriedade dos quatro primeiros setores (o setor de alocação, o setor de estabilização, o setor de distribuição e o setor de transferência) e o aspecto facultativo do último setor (o setor de trocas). Ela nos ajuda a compreender também que o princípio de unanimidade aproximada de Wicksell e sua lista de exceções podem ser considerados regras constitucionais se for compreendido que essas regras fazem parte do processo político em matéria fiscal.

A observação que eu gostaria de fazer é sobre uma importante distinção constante no esquema das instituições financeiras do estado. Rawls distingue o setor de distribuição do setor de transferência, não obstante a relação entre esses setores, de forma que o mínimo social se distingue da justiça das parcelas distributivas. Eu gostaria de lembrar, com base no que foi visto até o momento, que o setor de distribuição procura preservar uma justiça aproximativa das parcelas distributivas por meio da tributação e da definição dos direitos de propriedade. A distribuição se refere ao produto social, àquilo que resulta dos esforços de cooperação produtiva. Assim, o setor de distribuição aufere a arrecadação necessária à realização da concepção de justiça acordada na posição original em seu segundo setor (recursos necessários ao fornecimento de bens públicos e de transferências requeridos pela concepção de justiça) e corrige os problemas de

⁹⁶⁰ Knut Wicksell, 1896, p. 119-120; *id.* 1967, p. 93.

⁹⁶¹ Knut Wicksell, 1896, p. 118; *id.* 1967, p. 93.

distribuição de riqueza (não de renda dos fatores) e de concentração de poder que prejudiquem o valor equitativo da liberdade política e da liberdade equitativa de oportunidade em seu primeiro setor. Já o setor de transferência responde pelo mínimo social, sendo função do setor garantir certo nível de bem-estar, no sentido de honrar as reivindicações da necessidade em relação a outras reivindicações. A relação existente entre os dois setores está no financiamento. O setor de distribuição realiza suas finalidades por meio da tributação e são os recursos provenientes do setor de distribuição que financiam o setor de transferência. Mais especificamente, a segunda parte do setor de distribuição auferem a arrecadação necessária às transferências do mínimo social realizadas pelo setor competente: o setor de transferências. Assim, o tributo arrecadado para o financiamento do mínimo social não tem fundamento no aumento da utilidade de seus destinatários, mas na necessidade de efetivação das instituições de fundo. Se o mínimo social fosse um benefício de aumento de utilidade, ele seria financiado e administrado pelo setor de trocas com todas as normas a ele inerentes, inclusive o princípio de unanimidade de Wicksell, mas não é esse o caso.

A relação entre o setor de distribuição e o setor de transferência não obsta a distinção entre mínimo social e justiça das parcelas distributivas. O mínimo social é descrito por Rawls por meio da descrição da atribuição do setor de transferência. Assim, é possível dizer que não só o setor de transferência, mas a própria transferência realizada pelo setor, isto é, o próprio mínimo social deve garantir certo nível de bem-estar de cada pessoa, no sentido de honrar as reivindicações da necessidade em relação a outras reivindicações. Como a transferência em questão é contextualizada por Rawls em meio à renda total de cada indivíduo, é possível afirmar que o mínimo social corresponde a um valor monetário que honre as reivindicações da necessidade relativas ao bem-estar de cada pessoa. Nesse sentido, o mínimo social é um requisito para os dois princípios e, com os dois princípios, compõe as instituições de fundo. Já a justiça das parcelas distributivas se refere à justiça dos bens primários sociais. Esses bens resultam dos esforços de cooperação e são garantidos equitativamente a cada pessoa nos termos dos dois princípios da justiça. A justiça das parcelas distributivas é resultante dos dois princípios e não um requisito deles. Essa distinção nos permite observar que a distribuição justa dos bens primários é questão de justiça social, ao passo que a

transferência chamada de *mínimo social* não é. Ela consiste, isto sim, num requisito para a discussão e a efetivação dos princípios da justiça.

5.1.3 O nível do valor do mínimo social

A definição do nível em que o valor do mínimo social deve ser estabelecido tem importância em si e importância para outras questões. A importância em si é pragmática. A definição do nível em que seu valor deve ser estabelecido concretiza sua concepção. Do mínimo social, contudo, como pré-requisito dos princípios da justiça, depende a elaboração do sistema social como um todo, isto é, a elaboração da economia competitiva cercada pelas instituições de fundo adequadas. No momento, a questão sobre como Rawls define o nível de seu valor permanece em aberto. A resposta sobre o nível em que o valor do mínimo social deve ser fixado depende, na teoria da justiça como equidade, do princípio da diferença e de uma resposta ao problema da justiça entre gerações⁹⁶².

O princípio da diferença é enunciado por Rawls em aproximações sucessivas. Na seção em que foi abordado o raciocínio que conduz aos dois princípios, apresentei como Rawls chega à primeira aproximação do princípio da diferença. Essa apresentação ajuda a compreender as bases do pensamento de Rawls. A passagem da primeira para a segunda aproximação do princípio da diferença requer, por sua vez, a elucidação de várias questões; entre elas, a das várias interpretações da primeira aproximação: a interpretação da liberdade natural⁹⁶³, a interpretação da igualdade liberal⁹⁶⁴, a interpretação da aristocracia natural⁹⁶⁵ e a interpretação da igualdade democrática⁹⁶⁶. Essa apresentação pode nos ajudar a compreender melhor o sentido do princípio da diferença, que é fixado pelo autor em conformidade com a interpretação da igualdade democrática. Como as bases do pensamento do autor estão compreendidas e como o objetivo desta seção é compreender a fixação do valor do mínimo social, vou considerar diretamente o sentido do enunciado do princípio da diferença. Assim, o princípio da

⁹⁶² John Rawls, 1971, p. 284; *id.*, 1999a, p. 251.

⁹⁶³ John Rawls, 1971, p. 65; *id.*, 1999a, p. 57.

⁹⁶⁴ John Rawls, 1971, p. 73; *id.*, 1999a, p. 63.

⁹⁶⁵ John Rawls, 1971, p. 74; *id.*, 1999a, p. 64.

⁹⁶⁶ John Rawls, 1971, p. 83; *id.*, 1999a, p. 73.

diferença afirma que as desigualdades sociais e econômicas só são admitidas na hipótese de elas visarem ao maior benefício esperado dos menos favorecidos⁹⁶⁷.

Na justiça como equidade, explica Rawls, “uma vez que o princípio da diferença é aceito, [...], segue-se que o mínimo deve ser fixado naquele ponto em que, levando os salários em conta, maximiza as expectativas do grupo menos avantajado”⁹⁶⁸. Isso significa que o princípio da diferença orienta a concretização do mínimo social a ser realizada pelo setor de transferência. Tendo em vista que a renda total de um indivíduo é formada pela remuneração dos fatores de produção mais transferências, pode-se afirmar que o mínimo social deve, considerando-se eventuais salários e eventuais outros rendimentos, elevar ao máximo as expectativas dos indivíduos ou das famílias que se encontram na pior situação econômica de uma sociedade bem ordenada. Para Rawls, o montante de pagamentos suplementares à remuneração dos fatores de produção detidos por uma pessoa ou família (renda suplementar à renda da terra, do trabalho e do capital) possibilita aumentar ou de diminuir as expectativas relacionadas a seu índice de bens primários. Assim, o nível do valor do mínimo social fixado pelo princípio da diferença deve aumentar ao máximo as perspectivas de quem se encontra na posição menos vantajosa⁹⁶⁹. Isso significa que o valor do mínimo social determinado pelo princípio da diferença, ao maximizar as expectativas dos ocupantes da pior situação social, torna essa situação preferível à pior situação de outra sociedade qualquer.

O nível do valor do mínimo social depende, na justiça como equidade, não só do princípio da diferença, mas também da resposta ao problema da justiça econômica entre gerações, que é dada pelo princípio da poupança justa. Nas palavras de Rawls, “uma vez que a taxa justa de poupança é estabelecida ou o arranjo apropriado de taxas especificado, nós temos um critério para ajustar o nível do mínimo social”⁹⁷⁰. O problema da justiça econômica entre gerações parte de uma constatação sobre a relação cooperativa entre as gerações: “cada geração precisa não apenas preservar os ganhos de civilização e cultura e manter intactas aquelas instituições justas que foram estabelecidas, mas [também] poupar em cada período de tempo um montante adequado

⁹⁶⁷ John Rawls, 1971, p. 302 *id.*, 1999a, p. 266.

⁹⁶⁸ John Rawls, 1971, p. 285; *id.*, 1999a, p. 252.

⁹⁶⁹ John Rawls, 1971, p. 285; *id.*, 1999a, p. 252.

⁹⁷⁰ John Rawls, 1971, p. 304; *id.*, 1999a, p. [...]. “Once the just rate of savings is ascertained or the appropriate range of rates specified, we have a criterion for adjusting the level of the social minimum”.

de acumulação de capital real”⁹⁷¹. Para Rawls, o capital real poupado por cada geração possui tanto uma dimensão material (investimento líquido em maquinário e outros bens de produção) quanto uma dimensão imaterial (investimento líquido em aprendizagem e educação)⁹⁷². Assim, para o autor, o capital real consiste não apenas em fábricas e máquinas, mas também em conhecimento e cultura, em técnicas e habilidades que tornam possíveis as instituições justas e o valor equitativo da liberdade⁹⁷³. O problema consiste em saber qual é a taxa adequada de poupança líquida. Em outras palavras, a questão é saber quanto uma geração anterior deve poupar para a geração seguinte, descontadas suas despesas atuais com a manutenção do capital real e das instituições justas, ambos construídos com seus esforços e com os esforços das gerações precedentes. Ainda em outros termos, a questão é saber qual nível de investimento é justo uma geração fazer na geração seguinte, já que, em termos econômicos, o nível de poupança é igual ao nível de investimento⁹⁷⁴.

Dado esse problema, o princípio da poupança justa estabelece que deve haver uma taxa adequada de poupança líquida; ele estabelece que, descontadas as despesas com manutenção das conquistas materiais e imateriais da civilização (inclusive as despesas com a preservação das instituições justas), a geração presente deve acumular o valor n para a próxima geração. A questão é saber qual deve ser o valor n a ser poupado para a geração seguinte. Vamos supor, por ora, que a taxa de poupança justa tenha sido fixada. Com esse dado, torna-se possível, então, fixar o nível do mínimo social⁹⁷⁵.

Foi visto, na seção que aborda os setores financeiros do estado, que o montante de recursos destinados ao mínimo social advém dos tributos arrecadados pelo setor de distribuição. É preciso acrescentar que os indivíduos e as famílias participam do mercado de fatores e do mercado de consumo e, nesse ínterim, participam dos esforços de acumulação de capital. À medida que a tributação incide sobre a atividade econômica, um montante t de tributos é arrecadado pelo estado. Já vimos os destinos da arrecadação tributária quando consideramos os setores financeiros do estado. É preciso observar que o montante t de tributos arrecadados diminui a poupança social destinada à

⁹⁷¹ John Rawls, 1971, p. 285; *id.*, 1999a, p. 252.

⁹⁷² John Rawls, 1971, p. 285; *id.*, 1999a, p. 252.

⁹⁷³ John Rawls, 1971, p. 288.

⁹⁷⁴ Nicholas Gregory Mankiw, 2014, p. 548.

⁹⁷⁵ John Rawls, 1971, p. 285; *id.*, 1999a, p. 252.

próxima geração. A poupança social inclui a poupança privada e a poupança do governo, pois os gastos governamentais também são tributados. Quanto maior o valor de t , menor é o valor n destinado à próxima geração. Quanto menor o valor de t , maior é o valor n destinado à próxima geração. Assim, se minha interpretação da proposta de Rawls não estiver equivocada, a taxa de poupança para a próxima geração pode ser dada pela fórmula seguinte:

$$n = 1 - t$$

A relação entre o princípio da poupança justa e o nível em que o mínimo social é fixado está na variável t . Supondo que todas as receitas estatais sejam receitas tributárias e que a despesa pública seja igual à sua receita, então a variável t inclui a receita destinada ao mínimo social. Assim, o montante dos tributos t compreende as receitas destinadas às instituições estatais, inclusive as receitas destinadas ao setor de transferências, isto é, as receitas destinadas ao mínimo social. Para visualizar melhor, vamos isolar as receitas destinadas ao mínimo social i das receitas d destinadas às demais instituições estatais. Nesse caso, nós temos:

$$t = d + i$$

Se nós estabelecermos uma relação entre as duas fórmulas anteriores, estabeleceremos a relação entre a taxa de poupança e o nível do valor do mínimo social sugerida por Rawls:

$$n = 1 - (d + i)$$

A formalização que proponho parece estar contida na afirmação de Rawls segundo a qual “assumindo [...] que um princípio de poupança justa está disponível, que nos conta quanto grande o investimento deve ser, o nível do mínimo social está determinado”⁹⁷⁶ e na suposição do autor de que, se o mínimo fosse ajustado por transferências pagas por

⁹⁷⁶ John Rawls, 1971, p. 285; *id.*, 1999a, p. 252.

impostos sobre o consumo (ou sobre a renda), aumentar o mínimo implicaria aumentar a proporção por meio da qual o consumo (ou a renda) é tributado⁹⁷⁷.

Como o princípio da diferença só admite desigualdades sociais e econômicas na hipótese de elas visarem ao maior benefício esperado dos menos favorecidos, a questão sobre o piso do mínimo social ou sobre o menor nível do mínimo social não se coloca, pois os esforços sociais são dirigidos no sentido de maximizar o mínimo social i , qualquer que seja ele. A questão que se coloca é sobre o teto do mínimo ou sobre o maior nível do mínimo social.

Com efeito, supondo que os demais gastos d do estado estejam estabilizados, à medida que o valor dos tributos aumenta, o valor do mínimo social i aumenta e a taxa de acumulação de capital n diminui⁹⁷⁸. Supondo que as instituições responsáveis pela concretização dos dois princípios estejam estabelecidas com seu devido financiamento d , o mínimo social i pode ser maximizado até que a taxa de acumulação de capital n seja nula. Nesse caso, há pleno uso dos recursos produzidos pelos esforços sociais para atender às necessidades dos menos favorecidos da geração presente, o princípio da diferença está plenamente satisfeito e aumentos de transferência não são mais necessários⁹⁷⁹.

Contudo, supondo que os demais gastos d do estado estejam estabilizados, à medida que o valor dos tributos aumenta, os maiores impostos passam a interferir tanto na eficiência econômica que as perspectivas dos menos avantajados na geração presente não são mais melhoradas e começam a declinar. Nesse caso, também não há outra forma de alocar os recursos sociais senão deixando de satisfazer as necessidades dos menos favorecidos da geração presente e novamente o princípio da diferença está plenamente satisfeito e aumentos de transferência não são mais necessários.

Em suma, para haver uma decisão sobre o valor do mínimo social calculado nos termos do princípio da diferença, supondo que as despesas com as instituições justas sejam

⁹⁷⁷ John Rawls, 1971, p. 285; *id.*, 1999a, p. 252.

⁹⁷⁸ John Rawls, 1971, p. 285-286; *id.*, 1999a, p. 252.

⁹⁷⁹ John Rawls, 1971, p. 286; *id.*, 1999a, p. 252.

adequadas, é preciso haver uma decisão sobre qual a taxa de acumulação de capital n ⁹⁸⁰. A suposição de que as despesas com as demais instituições justas sejam adequadas está incluída na concepção de sociedade bem ordenada. De todo modo, na justiça como equidade, nível do valor do mínimo social é estabelecido com tendência de maximização, considerando a totalidade I do produto social, as demais despesas d destinadas às instituições estatais justas estabilizadas e a taxa n de acumulação de capital definida em termos *adequados* ou *justos*. Assim, com base nas fórmulas anteriores, o nível do mínimo social i tem seu nível estabelecido nos seguintes termos:

$$i = 1 - (d + n)$$

5.1.4 O nível do valor do mínimo social no curso civilizacional

Rawls observa que o valor do mínimo social se relaciona com o valor da taxa de acumulação de capital. De acordo com o princípio da diferença em sua segunda aproximação, seu valor adequado deve ser o maior possível e isso implica tornar a taxa de acumulação de capital nula. Uma taxa de acumulação nula é proposta apenas quando as instituições justas estão estabelecidas de modo estável e sua base material preservada. O problema da taxa *adequada* de acumulação de capital é um problema de justiça entre gerações. A questão é saber como o ônus da acumulação de capital deve ser dividido entre gerações. Para Rawls, não há uma resposta definitiva a essa questão, embora lhe pareça ser possível elaborar alguma orientação⁹⁸¹. É preciso deixar claro que “o princípio da poupança justa se aplica ao que uma sociedade deve poupar como uma questão de justiça” e não ao que uma sociedade deseja poupar para realizar outros projetos⁹⁸².

Rawls propõe uma orientação para a adequação da taxa de acumulação com base em sua interpretação do contratualismo. As partes na posição original estão sob o véu da ignorância e, assim, elas não sabem o estágio de civilização de sua sociedade, se relativamente pobre ou relativamente rica, se de economia predominantemente agrícola

⁹⁸⁰ John Rawls, 1971, p. 286; *id.*, 1999a, p. 252.

⁹⁸¹ John Rawls, 1971, p. 286; *id.*, 1999a, p. 252.

⁹⁸² John Rawls, 1971, p. 288; *id.*, 1999a, p. 255. “[...] the just savings principle applies to what a society is to save as a matter of justice”.

ou industrial. Em outras palavras, elas não sabem a que geração elas pertencem⁹⁸³. Elas iniciam a discussão tendo perguntado a si mesmas sobre sua propensão a poupar, isto é, sobre o quanto elas estão dispostas a poupar em qualquer fase da civilização, assumindo que todas devem poupar em qualquer fase⁹⁸⁴. Elas reconhecem que um princípio de poupança justa deve atribuir uma taxa de acumulação adequada a cada fase da civilização para a cesta total de acumulação⁹⁸⁵. Uma taxa menor de poupança é requerida quando as pessoas são pobres, ao passo que uma taxa maior de poupança é requerida quando as pessoas são ricas. Com efeito, à medida que uma sociedade se torna mais rica, o ônus real de poupar torna-se menor⁹⁸⁶. Assim, o princípio de poupança justa requer uma taxa de acumulação gradativamente maior para estágios mais avançados da civilização. A taxa de acumulação aumenta até o momento em que as instituições justas estão estabelecidas de modo estável. Nesse ponto da civilização, a taxa de acumulação requerida pelo princípio de poupança justa cai para zero⁹⁸⁷. Nas palavras de Rawls, “nesse ponto, a sociedade encontra seu dever de justiça por meio da manutenção de instituições justas e da preservação de sua base material”⁹⁸⁸.

Uma questão importante é a das funções desempenhadas pela primeira e pela última geração no processo de acumulação adequada de capital, isto é, de formação de uma poupança justa. A questão é saber se esse processo de acumulação entre gerações é equitativo, isto é, se ele atende a algum princípio de reciprocidade entre gerações⁹⁸⁹. Rawls observa que cada geração, exceto a primeira, ganha quando uma taxa razoável de poupança é mantida⁹⁹⁰. Com efeito, apenas as pessoas pertencentes à primeira geração não se beneficiam, porque elas iniciam o processo todo de acumulação de capital e, assim, não têm como participar dos frutos proporcionados por esse processo⁹⁹¹. A segunda geração, por sua vez, beneficia-se da acumulação da primeira e assim sucessivamente. No entanto, observa Rawls, “no curso da história, nenhuma geração dá

⁹⁸³ John Rawls, 1971, p. 287; *id.*, 1999a, p. 254.

⁹⁸⁴ John Rawls, 1971, p. 287.

⁹⁸⁵ John Rawls, 1971, p. 287; *id.*, 1999a, p. 255.

⁹⁸⁶ John Rawls, 1971, p. 287; *id.*, 1999a, p. 255.

⁹⁸⁷ John Rawls, 1971, p. 287; *id.*, 1999a, p. 255.

⁹⁸⁸ John Rawls, 1971, p. 287; *id.*, 1999a, p. 255. “At this point a society meets its duty of justice by maintaining just institutions and preserving their material base”.

⁹⁸⁹ John Rawls, 1971, p. 290.

⁹⁹⁰ John Rawls, 1971, p. 288.

⁹⁹¹ John Rawls, 1971, p. 288.

às gerações precedentes os benefícios de cuja poupança ela recebeu”⁹⁹². Já as últimas gerações vivem quando nenhuma poupança adicional é ordenada pelo princípio da poupança justa⁹⁹³. Ora, pondera Rawls, isso pode parecer injusto⁹⁹⁴. O autor lembra que esse questionamento não é recente⁹⁹⁵, pois, para Herzen, o desenvolvimento humano é um tipo de iniquidade cronológica, no sentido de os que vivem depois se aproveitam do trabalho dos que vivem antes sem pagar o mesmo preço, e, para Kant, é desconcertante as gerações anteriores carregarem os fardos da construção e apenas a última geração ter a boa sorte de viver no prédio terminado. Rawls compreende que esses sentimentos, embora completamente naturais, estão mal colocados, pois a relação entre gerações não dá ensejo a nenhuma dificuldade insuperável⁹⁹⁶.

Com efeito, há mais ônus no pertencimento a uma geração anterior do que no pertencimento a uma geração posterior. As bases materiais são menos elaboradas e as instituições justas não estão consolidadas. No entanto, considera Rawls, é um fato natural que as gerações estejam dispersas no tempo e que verdadeiras trocas⁹⁹⁷ ou verdadeiros benefícios econômicos⁹⁹⁸ fluam apenas numa direção. Para o autor, o fato de que nós podemos fazer alguma coisa para a posteridade e ela não pode fazer nada por nós é uma situação inalterável e, portanto, a questão da justiça não se coloca⁹⁹⁹. Nas palavras de Rawls, “o que é justo ou injusto é como as instituições lidam com as limitações naturais e o modo como elas são estabelecidas para tirar vantagem das possibilidades históricas”¹⁰⁰⁰. Como é impossível a primeira geração se beneficiar do processo de acumulação, o princípio da poupança justa deve garantir que cada geração, exceto a primeira, receba a parte devida de seus predecessores e faça sua parte devida para aqueles que vêm depois¹⁰⁰¹ ou estão por vir¹⁰⁰². O princípio da poupança resolve o

⁹⁹² John Rawls, 1971, p. 290. “[...] in the curse of history no generation gives to the preceding generations, the benefits of whose saving it has received”.

⁹⁹³ John Rawls, 1971, p. 290.

⁹⁹⁴ John Rawls, 1971, p. 290.

⁹⁹⁵ John Rawls, 1971, p. 290-291; *id.*, 1999a, p. 254.

⁹⁹⁶ John Rawls, 1971, p. 291; *id.*, 1999a, p. 254.

⁹⁹⁷ John Rawls, 1971, p. 291.

⁹⁹⁸ John Rawls, 1999a, p. 254.

⁹⁹⁹ John Rawls, 1971, p. 291; *id.*, 1999a, p. 254.

¹⁰⁰⁰ John Rawls, 1971, p. 291; *id.*, 1999a, p. 254. “What is just or unjust is how institutions deal with natural limitations and the way they are set up to take advantage of historical possibilities”.

¹⁰⁰¹ John Rawls, 1971, p. 291.

¹⁰⁰² John Rawls, 1999a, p. 254.

problema da reciprocidade entre as gerações reconhecendo que as únicas trocas¹⁰⁰³ econômicas¹⁰⁰⁴ possíveis entre as gerações são trocas virtuais. Com esse termo, Rawls quer dizer que as trocas econômicas possíveis entre gerações são alguma coisa próxima de uma troca, mas elas não são, efetivamente, uma troca. As trocas econômicas virtuais a que Rawls se refere são ajustes compensatórios feitos na posição original no momento da adoção de um princípio de poupança justa¹⁰⁰⁵. Nesse momento, o véu da ignorância e as demais restrições levam cada geração a prestar atenção a todas as gerações. As partes aceitam o princípio de poupança justa mesmo contanto com a possibilidade de pertencerem à primeira geração porque é assumido o fato de que cada geração toma conta de seus descendentes imediatos como pais cuidam de seus filhos¹⁰⁰⁶. Assim, aceitando a inevitabilidade da condição da primeira geração, as partes acordam que cada geração passa para a próxima um equivalente de capital real em retribuição ao que é recebido das gerações anteriores, para que gozem de uma vida melhor numa sociedade mais justa¹⁰⁰⁷. Isso significa que, na prática, os ajustes compensatórios são estabelecidos da geração presente em diante, por meio do recuso ao expediente do equilíbrio reflexivo.

Até o momento, vimos como Rawls considera ônus não só da primeira geração, mas também o ônus das gerações que antecedem o período histórico de consolidação das instituições justas. Isso não deve nos levar a interpretar mal o significado da última geração ou do último estágio no qual a poupança justa é necessária¹⁰⁰⁸. Primeiro, o último estágio não é um estágio de abundância¹⁰⁰⁹. O princípio da poupança justa, Rawls enfatiza, não é instituído para que simplesmente as gerações posteriores sejam mais ricas: ele é instituído como uma condição para que se torne possível a plena realização de instituições justas e do valor equitativo da liberdade¹⁰¹⁰. Se os cidadãos resolvem empreender uma acumulação adicional isso se dá por outras razões, não em razão da elaboração e estabilização das instituições justas e do valor equitativo da

¹⁰⁰³ John Rawls, 1971, p. 291.

¹⁰⁰⁴ John Rawls, 1999a, p. 254.

¹⁰⁰⁵ John Rawls, 1971, p. 291; id., 1999a, p. 254.

¹⁰⁰⁶ John Rawls, 1971, p. 288.

¹⁰⁰⁷ John Rawls, 1971, p. 288.

¹⁰⁰⁸ John Rawls, 1971, p. 289-290.

¹⁰⁰⁹ John Rawls, 1971, p. 290.

¹⁰¹⁰ John Rawls, 1971, p. 290.

liberdade¹⁰¹¹. Para Rawls, “é um erro acreditar que uma sociedade boa e justa tenha de esperar por um alto padrão material de vida”¹⁰¹², pois o que as pessoas querem é um trabalho significativo¹⁰¹³ em livre associação com outras pessoas, estando as normas que regem suas associações em conformidade com as instituições básicas justas e isso não exige grande riqueza¹⁰¹⁴. Segundo, para Rawls, o último estágio do processo de poupança justa não deve ser pensado como o único que dá significado e propósito ao processo todo¹⁰¹⁵. Para Rawls, “a vida de um povo é concebida como um esquema de cooperação disperso no tempo histórico”¹⁰¹⁶. Isso significa que todas as gerações têm seus fins e “elas não estão mais subordinadas umas às outras do que os indivíduos estão”¹⁰¹⁷. O autor lembra que a última geração deve ser governada pela mesma concepção de justiça que regula a dos contemporâneos, pois nenhuma geração tem reivindicações mais fortes do que qualquer outra¹⁰¹⁸.

Essas considerações de Rawls sobre a primeira geração e sobre a última geração nos ajudam a compreender o propósito de se requerer uma taxa adequada de acumulação entre gerações. A especificação do nível dessa taxa requer a consideração do propósito do processo todo de acumulação justa e das peculiaridades experimentadas por cada geração. As considerações feitas a respeito da questão da taxa de acumulação no curso da história são feitas com o propósito de compreender melhor essa variável que participa da especificação do nível em que o valor do mínimo social é fixado.

Na justiça como equidade, a taxa de acumulação de capital requerida pelo princípio da poupança justa tem seu valor estabelecido em função do estágio civilizacional de uma sociedade, se relativamente pobre ou relativamente rica, se de economia predominantemente agrícola ou industrial e assim por diante. Portanto, a taxa de

¹⁰¹¹ John Rawls, 1971, p. 290.

¹⁰¹² John Rawls, 1971, p. 290. “It is a mistake to believe that a just and good society must wait upon a high material standard of life”.

¹⁰¹³ John Rawls, 1971, p. 529; *id.*, 1999a, p. 464.

¹⁰¹⁴ John Rawls, 1971, p. 290.

¹⁰¹⁵ John Rawls, 1971, p. 289.

¹⁰¹⁶ John Rawls, 1971, p. 289; *id.*, 1999a, p. 257. “The life of a people is conceived as a scheme of cooperation spread out in historical time”.

¹⁰¹⁷ John Rawls, 1971, p. 289. “They are not subordinate to one another any more than individuals are”. Cf. *id.*, 1999a, p. 257.

¹⁰¹⁸ John Rawls, 1971, p. 289; *id.*, 1999a, p. 257.

acumulação bruta requerida até o estabelecimento firme das instituições justas é uma função do produto social:

$$n = f(p).$$

O princípio da poupança justa requer uma de acumulação líquida adequada às finalidades da concepção de justiça, isto é, que considere os descontos das despesas com o mínimo social i e com as demais despesas d destinadas às instituições estatais justas estabilizadas. Desse modo, a taxa de acumulação adequada a cada estágio da civilização é uma função do produto social, descontadas essas despesas governamentais:

$$n = f(p) - (d + i)$$

Isso nos permite compreender que o nível do valor do mínimo social, na concepção da justiça como equidade, não possui um valor fixo. Seu valor aumenta à medida que aumenta o produto social. Seguindo esse raciocínio, para qualquer ponto civilizacional em busca do estabelecimento de instituições justas e estáveis, o mínimo social tem seu valor estabelecido assim:

$$i = f(p) - (d + n)$$

A fórmula acima é a *fórmula geral do mínimo social* que, se minha interpretação não estiver equivocada, encontro na teoria original da justiça como equidade. Não obstante, continuando o raciocínio, quando as instituições justas construídas e estabilizadas têm suas despesas garantidas e a base material da civilização está preservada, a concepção de justiça deixa de requerer uma taxa de acumulação. Se os cidadãos decidirem empregar o produto social em outros projetos, isso poderá ser feito por meio do setor de trocas. Essa é uma despesa financiada pelo orçamento de troca e não pelo orçamento nacional. Nesse ponto de ápice civilizacional, a taxa de acumulação cai para zero e o mínimo social atinge seu valor máximo:

$$i = f(p) - (d)$$

O nível do mínimo social tem seu menor valor, portanto, para a primeira geração, ao passo que ele tem seu maior valor para a última geração, isto é, a geração que consolida em primeira mão a construção das instituições justas.

Enfim, vale lembrar que o mínimo social, isto é, o total das transferências realizadas pelo setor público, deveria ser arranjado de modo a aumentar as expectativas dos menos favorecidos em conformidade com a adequada poupança requerida, com a igualdade equitativa de oportunidades e com a manutenção das liberdades iguais e de seu valor. Nas palavras de Rawls, “quando a estrutura básica adquire essa forma, a distribuição resultante será justa (ou pelo menos não injusta), qualquer que seja ela”¹⁰¹⁹. O autor acrescenta que, numa sociedade assim, “cada um recebe aquela renda total (ganhos mais transferências) à qual está intitulado sob o sistema público de regras sobre o qual suas expectativas legítimas estão fundadas”¹⁰²⁰. Como vimos nos capítulos segundo e quarto, a justiça como equidade contém, em seu plano distributivo, uma forte presença na noção de justiça procedimental pura. Com efeito, ao afirmar que a distribuição resultante desse esquema é justa ou pelo menos não injusta *qualquer que seja ela*, Rawls afirma que seu exemplo de estrutura básica mostra uma forma possível de concretizar instituições regidas pela justiça procedimental pura¹⁰²¹.

5.2 O mínimo social no liberalismo político

Até o momento, vimos como Rawls compreende o mínimo social na teoria original da justiça como equidade. O mínimo social está relacionado ao princípio da diferença, de forma que Rawls procura afastar a dimensão intuicionista da determinação de seu valor. Já no liberalismo político, a justiça como equidade é vista como uma concepção política de justiça entre outras concepções políticas de justiça. Vista desse modo, a justiça como equidade como concepção política de justiça passa a conceber o mínimo social como relacionado à ideia de reciprocidade ao invés de relacionado à ideia de atender apenas às

¹⁰¹⁹ John Rawls, 1971, p. 304; *id.*, 1999a, p. 267. “When the basic structure takes this form the distribution that results will be just (or at least not unjust) whatever it is”.

¹⁰²⁰ John Rawls, 1971, p. 304; *id.*, 1999a, p. 267. “Each receives that total income (earnings plus transfers) to which he is entitled under the public system of rules upon which his legitimate expectations are founded”.

¹⁰²¹ John Rawls, 1971, p. 304; *id.*, 1999a, p. 267.

necessidades humanas essenciais a uma vida humana decente. Isso significa que a concepção de um mínimo social apropriado não é dada pelas necessidades básicas da natureza humana consideradas psicológica ou biologicamente dissociadas de um mundo social particular. Ao invés, isso significa que a concepção de mínimo social depende do conteúdo da cultura política pública que, por sua vez, depende dos termos da concepção política de justiça¹⁰²². Já para o liberalismo político em geral descrito por Rawls, embora haja divergência entre as várias doutrinas abrangentes sobre a concepção e sobre a determinação de seu valor razoável, elas concordam com sua legitimidade como elemento constitucional essencial.

A definição do direito a um mínimo social como elemento essencial da constituição do liberalismo político descrito por Rawls tem fundamento, inicialmente, no consenso sobreposto. O mínimo social é um dos direitos substantivos inerentes à dimensão de largura desse consenso¹⁰²³. Sua descrição como direito fundamental mostra seu pertencimento ao âmbito das questões fundamentais urgentes, da verificação simples, da fácil concordância quanto às suas linhas mestras, da observância das funções das distintas partes da estrutura básica¹⁰²⁴, de pressuposto da aquisição do poder político e dos limites de seu exercício, isto é, ao âmbito do que é visto como objeto de consenso de pessoas racionais e razoáveis de uma sociedade plenamente cooperativa, marcada pelo fato do pluralismo razoável, em que as justificações *pro tanto* e as justificações públicas atendem aos limites da razão pública.

Estando fundamentado no consenso sobreposto, bem como nos essenciais constitucionais, a ideia mínimo social a que todos os cidadãos têm direito não pressupõe a distinção entre satisfação de necessidade e satisfação de desejos¹⁰²⁵. As justificações de tipo *pro tanto* e de tipo pública não contemplam a possibilidade de os cidadãos se importarem com o conteúdo das doutrinas abrangentes uns dos outros. Desse modo, sua concessão não está vinculada ao entendimento do que uma doutrina abrangente possa reconhecer como satisfação de necessidade em detrimento do que ela possa reconhecer como satisfação de vontade ou desejo, embora sua expressão material deva

¹⁰²² John Rawls, 2001, p. 132.

¹⁰²³ John Rawls, 2005, p. 166.

¹⁰²⁴ John Rawls, 2005, p. 230.

¹⁰²⁵ John Rawls, 2005, p. 166.

corresponder ao que se entenda nos termos de uma concepção política de justiça como necessário ao atendimento das necessidades básicas de todos os cidadãos. Cada cidadão tem *status* político de liberdade igual e de cidadania igual, sendo livre para fazer uso da expressão material desse direito do modo que lhe convier.

Estando fundamentado, ainda, no consenso sobreposto, bem como nos essenciais constitucionais, a ideia de mínimo social não é a de realizar uma redistribuição de renda e riqueza, isto é, a ideia de mínimo social não é a de realizar uma maior igualdade entre as posições sociais e econômicas¹⁰²⁶. Isso significa que a ideia de mínimo social não se relaciona à ideia de justiça social. Ela não é, portanto, uma questão de justiça básica e sim um essencial constitucional. A ideia de mínimo social como direito fundamental e não como ideia de justiça social é simplesmente a ideia de que as pessoas não têm como participar da sociedade como cidadão e muito menos como cidadão igual se elas estiverem abaixo de certo nível de bem-estar e de certo nível de educação¹⁰²⁷. Vale observar que o direito a um mínimo social é um elemento constitucional essencial fundamentado no consenso sobreposto, mas ele também é condição do consenso sobreposto. O direito a um mínimo social que satisfaça às necessidades básicas de todos os cidadãos, como condição de exercício das liberdades fundamentais, é uma condição de formação do consenso por sobreposição e, nesse sentido, é condição de estabilidade de uma concepção política de justiça do liberalismo político pelas razões certas.

Além de não ser uma questão de necessidade em detrimento de uma questão de desejo e de não ser uma questão de justiça social, e de ser tanto um efeito como um pressuposto do consenso sobre os essenciais constitucionais, o direito a um mínimo social como um essencial constitucional não tem, para o liberalismo político, um valor estabelecido. Isso acontece porque não cabe à concepção política dizer abaixo de que nível de bem-estar e de educação uma pessoa deixa de ter condições de tomar parte na sociedade como cidadão, mas isso não significa que o mínimo social possa ser mera retórica¹⁰²⁸. Das considerações feitas até o momento, é possível compreender que cabe aos poderes do estado estabelecê-lo com a máxima urgência¹⁰²⁹. Diante da inércia dos poderes, no caso

¹⁰²⁶ John Rawls, 2005, p. 166.

¹⁰²⁷ John Rawls, 2005, p. 166.

¹⁰²⁸ John Rawls, 2005, p. 166.

¹⁰²⁹ John Rawls, 2005, p. 230.

de uma democracia dualista, cabe à corte constitucional efetivar esse direito fundamental em primeira mão, por ser ela o exemplar da razão pública numa sociedade politicamente liberal, marcada pelo fato do pluralismo razoável¹⁰³⁰. Dos aspectos relativos à consideração de que o tribunal constitucional é um exemplar da razão pública, nós vimos que o segundo aspecto possui uma importância adicional nesse ponto. Ao observar ser tarefa dos juízes da corte constitucional tentar desenvolver e expressar em opiniões refletidas a melhor interpretação da constituição que eles puderem, isto é, apelando apenas para os valores políticos cobertos pela concepção política de justiça publicamente reconhecida ou para alguma variante dela que seja publicamente reconhecida, Rawls nota ser apropriado ao juiz constitucional apelar a um *mínimo social* especificado politicamente como necessidade básica¹⁰³¹. Com base nessa mesma razão, um apelo ao *princípio da diferença* não poderia ser feito, a não ser que esse princípio apareça como uma diretriz numa lei ordinária¹⁰³². Nesse caso, o princípio da diferença passaria a ser um valor político reconhecido pelo eleitorado e conformado pela corte constitucional aos limites constitucionais estabelecidos pelo povo.

Feitas essas considerações, compreendemos que o direito a um mínimo social é um direito fundamental da constituição do liberalismo político. Longe de ser uma questão de simples decisão, esse reconhecimento decorre das ideias básicas do liberalismo político descrito por Rawls, em especial, das ideias de consenso sobreposto razoável e de razão pública. Não há dúvida de que um mínimo social que satisfaça as necessidades básicas de todos os cidadãos é um elemento constitucional essencial, assim como um princípio de igualdade formal de oportunidade (liberdade de trânsito de capital e de trabalho com livre escolha de ocupação), na medida em que ele torna frutífera para o cidadão a compreensão e a fruição dos demais direitos e liberdades fundamentais. Resta, não obstante, aprofundar a ideia de mínimo social em relação aos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls.

5.2.1 O mínimo social e a ideia de elementos constitucionais essenciais

¹⁰³⁰ John Rawls, 2005, p. 231-240.

¹⁰³¹ John Rawls, 2005, p. 236-237.

¹⁰³² John Rawls, 2005, p. 237.

O mínimo social é discutido em termos de sua relação com os elementos constitucionais essenciais. Já foi visto que as questões fundamentais para as quais os valores políticos de uma concepção produzem respostas razoáveis são de dois tipos. Elas compreendem os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica¹⁰³³. Os elementos constitucionais essenciais são compostos pelos princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do estado e do processo político¹⁰³⁴ e pelos que especificam os direitos básicos iguais (direitos fundamentais) e as liberdades básicas iguais (liberdades fundamentais), de sorte que, analiticamente, as questões fundamentais são três: os elementos constitucionais essenciais de primeiro tipo (estrutura geral do estado e estrutura geral do processo político); elementos constitucionais essenciais de segundo tipo (direitos fundamentais e liberdades fundamentais) e questões de justiça básica (princípios sobre desigualdades sociais e princípios sobre desigualdades econômicas)¹⁰³⁵.

O mínimo social aparece, então, em meio à discussão sobre a caracterização das questões fundamentais em cada um desses três tipos. Mais precisamente, o mínimo social é discutido em meio à distinção entre direitos e liberdades fundamentais de um lado e princípios de justiça básica de outro. O efeito prático dessa discussão é a possibilidade de caracterização dessas questões, o mínimo social, nesse caso, como questões de direito constitucional. Rawls denomina alternativamente as questões de justiça básica [*questions of basic justice*] de questões básicas de justiça distributiva [*basic matters of distributive justice*] e de princípios que cobrem as desigualdades sociais e econômicas [*principles covering social and economic inequalities*]¹⁰³⁶. Em meio à discussão sobre o que pode ser considerado direito e liberdade fundamental e o que pode ser considerado questão básica de justiça distributiva, Rawls afirma que o direito a um mínimo social é um elemento constitucional essencial do liberalismo político. Nas palavras do autor, “semelhantermente, embora um mínimo social que proveja as necessidades básicas de todos os cidadãos seja também um elemento

¹⁰³³ John Rawls, 2005, p. 227.

¹⁰³⁴ John Rawls, 2005, p. 227. “[...] the fundamental principles that specify the general structure of government and the political process [...]”.

¹⁰³⁵ John Rawls, 2005, p. 227. “[...] equal basic rights and liberties [...]” Uma tradução faz correspondência entre “*equal basic rights*” e “direitos fundamentais”, bem como entre “*equal basic liberties*” e liberdades fundamentais. Cf. John Rawls, 2000b, p. 277.

¹⁰³⁶ John Rawls, 2005, p. 227-229.

essencial, o que eu chamei de ‘princípio da diferença’ é mais exigente e não é [um elemento essencial]”¹⁰³⁷. A ideia de que o direito a um mínimo social que proveja as necessidades básicas de todos os cidadãos é um elemento constitucional essencial também é sustentada em sua reelaboração da justiça como equidade¹⁰³⁸.

Rawls afirma que aquilo que ele chamou de princípio da diferença não é um elemento constitucional essencial, mas, como se pode depreender, em sendo o princípio da diferença uma questão fundamental, ele é um princípio incluído entre as questões de justiça básica. Em outras palavras, para Rawls, o direito a um mínimo social é um direito constitucional, ao passo que o princípio da diferença não é um direito constitucional. Ao afirmar que o princípio da diferença não é um elemento constitucional essencial, Rawls acrescenta que esse princípio é mais exigente. Esse acréscimo parece justificar diretamente a exclusão do princípio da diferença da constituição do liberalismo político, ao mesmo tempo em que parece justificar, por extensão, a inclusão do mínimo social na constituição do liberalismo político; mais precisamente, a inclusão do mínimo social na categoria dos direitos e liberdades fundamentais. Portanto, o mínimo social aparece na constituição do liberalismo político como um dos direitos e liberdades fundamentais, numa primeira justificativa, porque, em relação ao princípio da diferença, o mínimo social é, fazendo uso da expressão do autor, um direito menos exigente do que o princípio da diferença.

Para compreender em que sentido o direito a um mínimo social é um direito menos exigente do que o princípio da diferença, eu gostaria de recuperar as razões que levam à distinção entre direitos e liberdades fundamentais de um lado e princípios relativos a desigualdades sociais e econômicas de outro. No capítulo sobre a constituição do liberalismo político, foi visto que Rawls apresenta quatro fundamentos que levam a essa distinção: o fundamento da urgência, o fundamento da verificação, o fundamento da concordância e o fundamento da distinção entre os papéis da estrutura básica. Embora Rawls não nomeie desse modo suas razões, penso que nomeá-las desse modo nos ajuda

¹⁰³⁷John Rawls, 2005, p. 228-229. “Similarly, though a social minimum providing for the basic needs of all citizens is also an essential, what I have called the ‘difference principle’ is more demanding and is not”.

¹⁰³⁸John Rawls, 2001, p. 47-48. “Similarly, although a social minimum providing for the basic needs of all citizens is also a constitutional essential [...], the difference principle is more demanding and is not so regarded”.

a compreender de forma mais simples a discussão de suas ideias. Rawls entende que essas razões, esses fundamentos, essas considerações “explicam por que a liberdade de movimento e a livre escolha de ocupação e um mínimo social que cobre as necessidades básicas dos cidadãos contam como elementos constitucionais essenciais, ao passo que o princípio de oportunidade equitativa e o princípio da diferença não [contam]”¹⁰³⁹.

Recuperados os fundamentos que levam à distinção entre, de um lado, os direitos e liberdades fundamentais e, de outro, os princípios de justiça básica, eu gostaria de lembrar um ponto comum aos fundamentos da urgência, da verificação e da concordância. Como procurei mostrar na seção específica, tudo indica que o fundamento da urgência exclui as questões básicas de justiça distributiva porque a urgência é incompatível com uma discussão guiada também por valores não-políticos de teorias complicadas e controvertidas¹⁰⁴⁰. Como procurei igualmente mostrar, tudo indica que o fundamento de verificação exclui as questões básicas de justiça distributiva porque “essas questões estão quase sempre sujeitas a grandes diferenças de opiniões razoáveis: elas envolvem complicadas inferências e juízos intuitivos que requerem de nós a avaliação de informações sociais e econômicas complexas sobre tópicos mal compreendidos”¹⁰⁴¹. Essas questões, embora envolvam valores políticos, envolvem também valores não-políticos de teorias complicadas e controvertidas. Ainda na seção sobre os elementos constitucionais essenciais, procurei mostrar que o fundamento da concordância é uma síntese dos fundamentos da urgência e da verificação: os valores não-políticos de teorias complicadas e controvertidas estão mais uma vez na base das dificuldades para a obtenção de um acordo sobre os elementos constitucionais essenciais.

O que Rawls enfatiza é que o emprego de teorias complicadas como doutrinas abrangentes, teorias controvertidas de equilíbrio econômico e teorias controvertidas

¹⁰³⁹ John Rawls, 2005, p. 230. “These considerations explain why freedom of movement and free choice of occupation and a social minimum covering citizens’ basic needs count as constitutional essentials while the principle of fair opportunity and the difference principle do not”.

¹⁰⁴⁰ John Rawls, 2005, p. 224-225; id., 2000b, p. 274. No original: “This means that in discussing constitutional essentials and matters of basic justice we are not to appeal to comprehensive religious and philosophic doctrines – to what we as individuals or members of associations see as the whole truth – nor to elaborate economic theories of general equilibrium, say, if these are in dispute.”

¹⁰⁴¹ John Rawls, 2005, p. 229; id., 2000b, p. 279-280. No original, “These matters are nearly always open to wide differences of reasonable opinion; they rest on complicated inferences and intuitive judgments that require us to assess complex social and economic information about topics poorly understood.”

semelhantes contrariam o uso exclusivo das diretrizes de indagação da razão pública, que deve orientar a discussão constitucional. Esse ponto comum aos fundamentos de urgência, de verificação e de concordância nada mais é do que as diretrizes de indagação da razão pública. Assim, o mínimo social é um elemento constitucional essencial porque sua discussão se orienta exclusivamente pelas diretrizes de indagação da razão pública, tornando-o compatível com os fundamentos da urgência, da verificação e da concordância, que embasam sua caracterização como um direito constitucional fundamental. O princípio da diferença, por sua vez, não se orienta exclusivamente pelas diretrizes de indagação da razão pública, tornando-o incompatível com as demandas de urgência, da verificação e da concordância que se dirigem aos direitos e liberdades fundamentais inerentes à constituição.

Eu gostaria de considerar, enfim, que também o fundamento da distinção entre os papéis da estrutura básica explica a inclusão do mínimo social como elemento constitucional essencial. Já foi visto que a primeira função da estrutura básica é a de preocupar-se com a aquisição do poder político e com os limites de seu exercício, ao passo que a segunda é a de criar as instituições básicas da justiça social e da justiça econômica que sejam adequadas a cidadãos livres e iguais¹⁰⁴². Com efeito, as distintas funções da estrutura básica, ainda que relacionadas, são especificadas por princípios distintos e não pelos mesmos princípios: a associação entre as pessoas, a convicção, a expressão, a integridade física e psicológica, por exemplo, não são regidas pelo princípio da diferença¹⁰⁴³. Por isso, as questões relativas a procedimentos políticos e a direitos e liberdades fundamentais são orientadas pelos elementos constitucionais essenciais, ao passo que as questões de justiça social e de justiça econômica são orientadas pelas instituições básicas da justiça distributiva.

Como base no fundamento da distinção entre os papéis da estrutura básica, a inclusão do direito a um mínimo social entre os elementos constitucionais essenciais significa que esse direito se refere à aquisição do poder político e aos limites de seu exercício e não a questões de justiça social e de justiça econômica. Concomitantemente, a inclusão do princípio da diferença não entre os elementos constitucionais essenciais, mas entre as

¹⁰⁴² John Rawls, 2005, p. 229; id., 2000b, p. 279.

¹⁰⁴³ John Rawls, 1971, p. 302; id., 2000a, p. 333.

instituições básicas da justiça distributiva significa que esse direito se refere a questões de justiça social e econômica e não à aquisição do poder político e aos limites de seu exercício. O fundamento da distinção entre os papéis da estrutura básica é certamente o fundamento que melhor permite compreender, não obstante a relevância dos demais fundamentos, o significado do direito a um mínimo social para o liberalismo político. O direito a um mínimo social é um direito inerente à constituição pertencente à categoria dos direitos e liberdades fundamentais.

Recuperando, ainda, as considerações feitas quanto aos elementos constitucionais essenciais, há duas observações a serem feitas. Primeiro, é preciso observar que, embora haja diferença entre direitos e liberdades fundamentais de um lado e instituições de justiça econômica e social de outro, essas duas categorias são questões fundamentais do liberalismo político e ambas expressam valores políticos e, por isso, as duas são questões resolvíveis pelas diretrizes de indagação da razão pública. O princípio da diferença, embora não seja um elemento constitucional essencial, é um princípio a ser concretizado pelas vias normativas legais e administrativas e, nelas, as diretrizes de indagação da razão pública também atuam. Segundo, é preciso observar que a distinção entre o segundo tipo de elementos constitucionais essenciais e as questões básicas de justiça distributiva se destacam pela não-inclusão destas últimas em função de Rawls incluir o princípio da diferença e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades entre os dois princípios da justiça¹⁰⁴⁴. Isso nos levaria a pensar que Rawls tivesse deixado de se importar com as necessidades básicas dos cidadãos em sua descrição do liberalismo político e isso não é verdade por duas razões. Primeiro, porque a justiça como equidade continua como uma concepção válida¹⁰⁴⁵. Segundo, porque, no entendimento de Rawls, a constatação de que as necessidades básicas dos cidadãos devem ser satisfeitas está implícita nas afirmações da justiça como equidade¹⁰⁴⁶, o que significa uma hierarquia superior na ordem de prioridades que atenda ao método lexicográfico¹⁰⁴⁷, com observam Rodney Peffer e o próprio Rawls¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁴ John Rawls, 1971, p. 302-303; *id.*, 2000a, p. 333.

¹⁰⁴⁵ John Rawls, 2005, p. 7; *id.*, 2000b, p. 49

¹⁰⁴⁶ John Rawls, 1971; *id.*, 2000a.

¹⁰⁴⁷ John Rawls, 1971; *id.*, 2000a.

¹⁰⁴⁸ John Rawls, 2005, p. 7; *id.*, 2000b, p. 50. Rodney G. Peffer, 1990, p. 14.

Eu gostaria de acrescentar, agora, uma terceira observação. Essa observação, inclusive, realiza os objetivos desta tese. O princípio da diferença é um princípio de justiça social e de justiça econômica ao passo que o mínimo social por si não é, estritamente falando, um princípio dessa categoria. O objetivo imediato do princípio da diferença é reduzir as desigualdades econômicas e sociais e muito mais. O princípio da diferença requer as instituições da liberdade igual e da igualdade equitativa de oportunidades, bem como as instituições do mínimo social e da poupança justa. Ele é pensado por uma teoria da justiça social em sentido amplo, cujo objetivo é aumentar a liberdade e diminuir as diferenças de autoridade e de riqueza não como um objetivo em si, mas como um requisito de realização das bases sociais da autoestima e de tudo que a realização do mais valioso dos bens primários requer. O direito a um mínimo social, por sua vez, não tem o objetivo de diminuir as diferenças de autoridade e de riqueza com vistas à realização das bases sociais da autoestima, embora seja possível que, por meio do direito a um mínimo social, inicie-se a construção de instituições que levem à realização da liberdade e da justiça social e econômica. O direito a um mínimo social para o liberalismo político é o direito a ter as necessidades básicas satisfeitas com vistas a permitir a realização do valor da liberdade política. Essa transferência deve integrar a renda total de indivíduos e de famílias independentemente de a renda ser composta por outras fontes, como remuneração de fatores de produção e transferências de outra natureza¹⁰⁴⁹. O mínimo social deve anteder a todas as reivindicações da necessidade, o que implica garantir o adequado funcionamento material e imaterial do ser humano, habilitando-o a considerar e participar na condição de pessoa livre e igual, das discussões e das decisões políticas. É preciso registrar que, da ideia do direito a um mínimo social, não há como inferir que ele está condicionado à efetiva participação na vida política, seja como eleitor, seja como eleito, ou que ele está condicionado a efetiva participação na vida produtiva. Como direito pertencente à categoria dos direitos e liberdades fundamentais, o mínimo social tem o objetivo de possibilitar a efetivação do valor da liberdade. Se, por via oblíqua, outros efeitos são produzidos, esses efeitos são externalidades que não interferem na concepção e no propósito desse direito fundamental constitucional.

¹⁰⁴⁹ John Rawls, 1971, p. 277; *id.*, 1999a, p. 245.

Considerando agora essas três observações, o fundamento da diferença entre os papéis da estrutura básica, o fundamento da concordância, o fundamento da verificação e o fundamento da urgência, torna-se afirmar que não há contradição no fato de o direito a um mínimo social ser um elemento constitucional essencial do liberalismo político ao mesmo tempo em que o princípio da diferença não ser um elemento constitucional essencial¹⁰⁵⁰.

5.2.2 Uma solução aos dois enigmas dos elementos constitucionais essenciais

Michelman observa uma consequência dessa construção de Rawls. Convencionando chamar as questões fundamentais da razão pública de requisitos da justiça, Michelman nota que nem todo requisito da justiça deve, para Rawls, ser transformado num requisito do direito constitucional¹⁰⁵¹. Desse modo, os elementos constitucionais essenciais podem ser compreendidos como os requisitos da justiça que pertencem ao direito constitucional, ao passo que as questões básicas de justiça distributiva não são consideradas como elementos constitucionais essenciais. Para usar os termos da justiça como equidade, o princípio da diferença e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades não são elementos dessa ordem. Se a não-inclusão das normas distributivas em relação aos elementos constitucionais essenciais for combinada com a inclusão dessas mesmas normas em relação à prática política, que deve ser orientada pelos valores da razão pública com o objetivo de atender às demandas da justiça, a consequência, observa Michelman, é uma possível lacuna entre legitimidade e justiça. O que Michelman chama de *possível lacuna entre legitimidade e justiça* significa que uma estrutura de autoridade pode ser legítima e, ao mesmo tempo, injusta¹⁰⁵². Com base nessas considerações, Michelman observa haver, aparentemente, dois enigmas [*puzzles*] a serem resolvidos¹⁰⁵³.

O primeiro enigma a ser desvendado, para Michelman, refere-se ao problema de encontrar alguma explicação cogente para que as garantias distributivas sejam excluídas

¹⁰⁵⁰ John Rawls, 2005, p. 228.

¹⁰⁵¹ Frank Michelman, 2004, p. 1413.

¹⁰⁵² Frank Michelman, 2004, p. 1414.

¹⁰⁵³ Frank Michelman, 2004, 1413-1417.

do princípio de legitimidade, apesar de elas figurarem vigorosamente entre os princípios da justiça. Essa explicação é necessária por dois motivos. Por um lado, ela é necessária porque o termo “legítimo” veicula o complexo juízo de que um sistema estatal sob suspeita por seus déficits claros em relação à justiça, continua, contudo, a merecer lealdade. Por outro lado, ela é necessária porque a lacuna entre legitimidade e justiça chama a atenção como uma situação diante da qual nós praticamente não temos escolha, a não ser aceitar o sistema estatal injusto, embora ele não seja aceito como um sistema estatal louvável ou desejável¹⁰⁵⁴. Em busca de uma explicação, Michelman depara-se com a passagem em que Rawls desenvolve¹⁰⁵⁵ o que eu denominei e distingi como “fundamento da verificação” e “fundamento da concordância”. Michelman refere-se, portanto, ao fundamento da verificação *ou* ao fundamento da concordância. Emprego a disjunção “ou” porque, nessa passagem, Rawls trata dos dois fundamentos e Michelman não faz a distinção que estou fazendo. Prosseguindo com o raciocínio, Michelman afirma que, se um professor de direito constitucional ou se um advogado constitucionalista norte-americano se deparar com as palavras de Rawls, com seus fundamentos de verificação e de concordância, logo virá à sua mente a questão da justicialidade [*justiciability*]¹⁰⁵⁶, que é a questão de saber se uma norma pode ser invocada em juízo com a finalidade de obter sua aplicação judicial. O advogado pensará, observa Michelman, que Rawls está dizendo que nós devemos tomar cuidado ao dar *status* constitucional a normas com possibilidades tão amplas de aplicação correta e, portanto, tão contestáveis. Isso porque elas não poderiam ser impostas pelo poder judiciário em relação às diferentes convicções do poder legislativo sem causar distúrbios indevidos na relação respeitosa entre esses poderes¹⁰⁵⁷. Se isso fosse assim, então Rawls estaria dividindo as questões fundamentais ou os requisitos da justiça entre aqueles que são constitucionalmente justiciáveis, os elementos constitucionais essenciais, e os que não o são, as questões básicas de justiça distributiva. Dito de outro modo, Rawls estaria dividindo as questões fundamentais da razão pública entre aquelas que são passíveis de controle judicial de constitucionalidade e as que não o são. Com efeito, o supremo tribunal [*supreme court*]¹⁰⁵⁸ é considerado, por Rawls, como uma

¹⁰⁵⁴ Frank Michelman, 2004, p. 1414-1415.

¹⁰⁵⁵ John Rawls, 2005, p. 229-230; id., 2000b, p. 279-280.

¹⁰⁵⁶ Frank Michelman, 2004, p. 1415.

¹⁰⁵⁷ Frank Michelman, 2004, p. 1415.

¹⁰⁵⁸ A expressão “suprema corte” evoca a mais alta corte judicial norte-americana e a expressão “supremo tribunal” evoca a mais alta corte judicial brasileira. Não há problema em usar uma ou outra expressão,

entidade exemplar da razão pública¹⁰⁵⁹. O supremo tribunal, no entanto, parece não ser a resposta correta para a não-inclusão do princípio da diferença e da liberdade equitativa de oportunidades entre os elementos constitucionais essenciais, porque isso pressuporia a existência do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos [*judicial review*]. “Mas tal suposição aparentemente funciona contra as declarações de Rawls de que a justiça como equidade não contém uma resposta para a questão do controle judicial de constitucionalidade, mas preferencialmente deixa a questão aberta para cálculos pragmáticos cujos resultados podem variar entre sistemas nacionais”, pondera Michelman¹⁰⁶⁰. O primeiro enigma, em suma, é a não-inclusão das questões básicas de justiça distributiva entre os elementos constitucionais essenciais. Uma possível solução do enigma seria considerar que apenas normas justiciáveis estão entre esses elementos, mas isso contrariaria, para Michelman, as declarações de Rawls de que a justiça como equidade não tem uma posição definida a favor ou contra o controle judicial de constitucionalidade.

O segundo enigma a ser desvendado, para Michelman, é saber como pode Rawls, simultaneamente, incluir o valor equitativo das liberdades políticas e o direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos e não incluir a igualdade equitativa de oportunidades entre os elementos constitucionais essenciais¹⁰⁶¹. A colocação desse problema se justifica, para Michelman, em função de Rawls apresentar claramente o fundamento da verificação *ou* o fundamento da concordância como razão suficiente para omitir uma norma de justiça do conjunto dos elementos constitucionais essenciais, mas parecer sustentar essa posição de modo inconstante. Para procurar mostrar que Rawls parece ser inconstante na sustentação de seu fundamento da verificação ou de seu fundamento da concordância, Michelman examina estes dois casos de inclusão¹⁰⁶². O primeiro caso de inclusão é o requisito de que as liberdades políticas de todos têm de ser garantidas por seus *valores equitativos*. Para não deixar

desde que se tenha em mente o sentido de corte judicial mais alta que tem competência para desempenhar o controle judicial de constitucionalidade. Rawls não tem em vista uma instituição de um país específico.

¹⁰⁵⁹ John Rawls, 2005, p. 231-240.

¹⁰⁶⁰ Frank Michelman, 2004, p. 1416. No original: “But such an assumption seemingly runs counter to Rawls’s avowals that justice as fairness does not contain an answer to the question of judicial review but rather leaves that question open to pragmatic calculations whose results may vary across national systems.”

¹⁰⁶¹ Frank Michelman, 2004, p. 1417.

¹⁰⁶² Frank Michelman, 2004, p. 1416.

dúvida sobre o sentido da expressão *valor equitativo* atribuído aos valores políticos, Michelman menciona o sentido elucidado por Rawls: o valor equitativo dessas liberdades significa que “[...] todos tenham uma oportunidade equitativa de assumir um cargo público e influenciar o resultado das decisões políticas”¹⁰⁶³. Michelman observa que o valor equitativo é claramente uma norma distributiva e que julgamentos que a satisfaçam estão abertos a toda sorte de obscuridades e incertezas, justamente as obscuridades e incertezas que Rawls relaciona ao princípio da diferença¹⁰⁶⁴. Isso parece contradizer o fundamento da verificação ou o fundamento da concordância. O segundo caso de inclusão examinado por Michelman é o direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos. Michelman observa que se tem notado largamente que garantias como a do direito ao mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos pressionam em direção a uma sobre-extensão [*over-extension*]¹⁰⁶⁵ ou ampliação da função judicial. Ele deixa subentendido que isso também contradiz o fundamento da verificação ou o fundamento da concordância, que são levantados para justificar a não-inclusão da igualdade equitativa de oportunidades e de outras questões básicas de justiça distributiva.

Os dois enigmas acerca dos elementos constitucionais essenciais são observados por Michelman num contexto próprio de um objetivo bem específico: o de reunir o que Rawls expressa sobre a questão do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos [*judicial review*]¹⁰⁶⁶. O controle judicial de constitucionalidade das leis é entendido por Michelman como a prática de algum grau de confiança em um poder judiciário independente para a efetivação dos elementos constitucionais essenciais em face de maiorias legislativas teimosas ou desatentas¹⁰⁶⁷. Michelman explica, primeiramente, o dualismo constitucional-legal e as funções de legitimação e de validação do direito constitucional na democracia constitucional rawlsiana e questiona, em seguida, se, dessas colocações, decorre a necessidade de haver um sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis¹⁰⁶⁸. Na interpretação de Michelman,

¹⁰⁶³ John Rawls, 2005, p. 327. “[...] everyone has a fair opportunity to hold public office and to influence the outcome of political decisions.”

¹⁰⁶⁴ Frank Michelman, 2004, p. 1416.

¹⁰⁶⁵ Frank Michelman, 2004, p. 1416.

¹⁰⁶⁶ Frank Michelman, 2004, p. 1407.

¹⁰⁶⁷ Frank Michelman, 2003, p. 403.

¹⁰⁶⁸ Frank Michelman, 2004, p. 1408-1412.

tudo levaria a crer que haveria apenas uma resposta possível para essa pergunta: a moralidade política demandaria o controle judicial de constitucionalidade porque a moralidade política abrangeria a legitimidade e a legitimidade, em sua interpretação da visão de Rawls, dependeria da conformidade verificável [*ascertainable compliance*] ¹⁰⁶⁹ de todos os legisladores ordinários com o direito constitucional moralmente adequado ¹⁰⁷⁰. Michelman observa, não obstante, que o dualismo constitucional-legal e as funções de legitimação e de validação demandam o controle de constitucionalidade das leis, mas que isso não compele a uma escolha em favor do controle judicial da constitucionalidade das leis do ponto de vista lógico. Há alternativas teoricamente disponíveis: poderia ser função do poder legislativo julgar a validade de seus atos em relação à constituição e poderia ser dos eleitores a função de destituir do cargo de legislador quem estivesse negligenciando ou conduzindo com imprudência ou imperícia essa responsabilidade segundo o julgamento dos próprios eleitores ¹⁰⁷¹. Embora os legisladores e os eleitores possam errar no desempenho de suas funções na falta de um controle judicial de constitucionalidade, os juízes e os tribunais também podem errar no controle judicial de constitucionalidade, de forma que, em quaisquer das hipóteses, existe a possibilidade de pôr-se em risco a legitimidade rawlsiana da ordem política ¹⁰⁷².

Michelman observa que Rawls, prudentemente, prefere não resolver a questão do controle judicial da constitucionalidade das leis, pois Rawls apoia o sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis no sentido de ele não aceitar acusações de que esse sistema não contribui para efetivar os objetivos de uma democracia constitucional por ser, por exemplo, antidemocrático ou antipopulista. Michelman argumenta nesse sentido ¹⁰⁷³ com base na passagem em que Rawls afirma que o supremo tribunal é antimajoritário em relação à lei ordinária, mas o supremo tribunal não é antimajoritário quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a constituição, com suas emendas e com as interpretações politicamente fundamentadas, porque a autoridade superior do povo confere sustentação às suas decisões ¹⁰⁷⁴. Rawls reconhece que cabe ao

¹⁰⁶⁹ A tradução de “*ascertainable compliance*” seria “a conformidade que se pode descobrir” ou “a conformidade que pode ser descoberta”. Penso que o sentido fica preservado com “conformidade verificável”, suponho que o que possa ser descoberto possa ser verificado.

¹⁰⁷⁰ Frank Michelman, 2004, p. 1411.

¹⁰⁷¹ Frank Michelman, 2004, p. 1411.

¹⁰⁷² Frank Michelman, 2004, p. 1412.

¹⁰⁷³ Frank Michelman, 2004, p. 1412.

¹⁰⁷⁴ John Rawls, 2005, p. 233-234.

povo dirigir as altas autoridades que elaboram a constituição de acordo com as exigências da justiça¹⁰⁷⁵, observa Michelman¹⁰⁷⁶. Do ponto de vista do liberalismo político, o povo pode optar por uma supremacia parlamentar¹⁰⁷⁷ ou pelo dualismo legal-constitucional¹⁰⁷⁸, mas a constituição resultante especifica os direitos e as liberdades fundamentais e permite a instituição do controle judicial de constitucionalidade. Michelman observa que, para Rawls, o controle judicial da constitucionalidade das leis pode ser um modo eficiente de efetivar as demandas do princípio de legitimidade, embora não seja o único. Com efeito, Rawls afirma a respeito de suas observações sobre o supremo tribunal num regime constitucional com controle *judicial* da constitucionalidade das leis que elas “[...] não pretendem ser uma defesa de tal controle, embora ele possa talvez ser defendido, dadas certas circunstâncias históricas e condições de cultura política”¹⁰⁷⁹.

Considerando o contexto das observações de Michelman, é possível compreender como ele soluciona os dois enigmas aparentes. A primeira solução dada por Michelman aos dois enigmas presume a justicialidade como preocupação central de Rawls. Em relação ao primeiro enigma, Michelman supõe que Rawls consideraria que a diferença nos graus de justicialidade é a única que ele encontra entre os direitos e liberdades fundamentais e as questões básicas de justiça distributiva. Isso significa que, se houvesse razões suficientemente fortes em favor do controle judicial da constitucionalidade das leis, o grau de justicialidade das normas tornar-se-ia um fator a ser considerado no momento da elaboração de uma constituição¹⁰⁸⁰. Normas relativas a questões básicas de justiça distributiva têm baixo grau de justicialidade, não deveriam ser abrangidas pelo controle judicial da constitucionalidade das leis e, portanto, não deveriam ser incluídas entre os elementos constitucionais essenciais. Com efeito, a decisão de adotar o sistema judicial de controle de constitucionalidade das leis decorre da avaliação do constituinte de que a contribuição desse sistema para a legitimidade política será fortemente significativa. Poderíamos esperar, desse modo, que o

¹⁰⁷⁵ John Rawls, 2005, p. 237.

¹⁰⁷⁶ Frank Michelman, 2004, p. 1413.

¹⁰⁷⁷ John Rawls, 2005, p. 234-235.

¹⁰⁷⁸ John Rawls, 2004, p. 234.

¹⁰⁷⁹ John Rawls, 2005, p. 240. “[...] they are not intended as a defense of such review, although it can perhaps be defended given certain historical circumstances and conditions of political culture.”

¹⁰⁸⁰ Frank Michelman, 2004, p. 1417.

constituinte iria prudentemente excluir das partes aplicáveis da constituição as normas sem possibilidade de verificação [*non-ascertainable norms*] ¹⁰⁸¹. A exceção seria a inclusão de normas que, apesar da dificuldade de verificação, fossem cruciais para a legitimidade e que elas atendessem, concomitantemente, ao objetivo de superar as perdas de um controle judicial de constitucionalidade das leis prejudicado ou frustrado ¹⁰⁸². Considerando que as normas sobre justiça distributiva são de verificação impossível, Rawls não as aceitaria na hipótese de adoção do controle judicial de constitucionalidade. Em relação ao segundo problema, Michelman pondera que considerar que a justicialidade sempre importa na escolha de quais normas compõem os elementos constitucionais essenciais não significa que a justicialidade seja a única coisa que importa nessa escolha. Michelman lembra o que denominei, na seção que descreve os elementos constitucionais essenciais, de fundamento da urgência, ao dizer que outra coisa que importa, além da justicialidade, é a urgência em relação à legitimidade ¹⁰⁸³. Michelman afirma que, na visão de Rawls, o valor equitativo das liberdades políticas e a satisfação das necessidades materiais básicas são garantias requeridas com urgência para dar legitimidade a qualquer sistema político. A urgência, na interpretação de Michelman, justificaria a inclusão dessas duas normas de justiça distributivas entre os elementos constitucionais essenciais, mesmo que isso implicasse envolver as cortes constitucionais em decisões para as quais elas não seriam especialmente bem adequadas ¹⁰⁸⁴. Em outras palavras, a urgência compensaria o desgaste de legitimidade causado pelo baixo grau de justicialidade dessas normas.

A segunda resposta dada por Michelman aos dois problemas deixa de lado a justicialidade ¹⁰⁸⁵. A dependência da verificação das normas de justiça básica em relação ao controle judicial de constitucionalidade das leis é altamente questionável, porque Rawls não acredita que o controle judicial da constitucionalidade das leis seja imprescindível para o liberalismo político. Michelman observa que Rawls tem motivo para se preocupar com a possibilidade de verificação de elementos constitucionais essenciais que não dependem do controle judicial de constitucionalidade e que se

¹⁰⁸¹ Frank Michelman, 2004, p. 1417.

¹⁰⁸² Frank Michelman, 2004, p. 1417-1418.

¹⁰⁸³ Frank Michelman, 2004, p. 1418.

¹⁰⁸⁴ Frank Michelman, 2004, p. 1418.

¹⁰⁸⁵ Frank Michelman, 2004, p. 1419-1420.

desenvolvem como resultado do princípio liberal de legitimidade¹⁰⁸⁶. Os elementos constitucionais essenciais devem suportar todo o peso da legitimidade em primeira instância. Isso porque toda a coerção exercida pela estrutura básica deve ser constringida por um conjunto muito bem selecionado de elementos constitucionais essenciais para ela ser racionalmente aceita pelos cidadãos razoáveis. Isso significa, na visão de Michelman, que, ao decidir quais devem ser os elementos constitucionais essenciais, devem-se evitar erros de subinclusão [*under-inclusion*]¹⁰⁸⁷ e de sobreinclusão [*over-inclusion*]¹⁰⁸⁸. A subinclusão de normas como liberdade de consciência deixa a estrutura básica inaceitável para as pessoas razoáveis, porque elas não querem ser deixadas à mercê da boa-vontade das majorias. Não apenas a subinclusão, mas também a sobreinclusão põe a legitimidade em risco, embora isso seja menos evidente. A sobreinclusão de normas como o princípio da diferença pode ser danoso para a legitimidade, em parte, em função de sua falta de transparência¹⁰⁸⁹. Esse cuidado com os elementos constitucionais essenciais decorre da necessidade de eles serem aplicados de forma transparente, independentemente de quem os está aplicando¹⁰⁹⁰. A transparência é necessária para que esses elementos passem no teste de aceitação: as pessoas racionais podem aceitá-los porque são razoáveis e as pessoas racionais podem aceitá-los porque veem seus co-cidadãos aceitando-os. Como a aceitação da estrutura básica é dada, em primeira instância, pelos elementos constitucionais essenciais, é necessário que o conjunto mínimo dessas normas não seja muito opaco para uma verificação de conformidade em termos de complexidade técnica de aplicação. Para Michelman, essas considerações explicam por que os direitos e liberdades fundamentais entram e as questões básicas de justiça distributiva não entram no conjunto dos elementos constitucionais essenciais¹⁰⁹¹.

A conclusão de Michelman, em suas palavras, é de que “as respostas de Rawls para a questão do controle judicial de constitucionalidade das leis e matérias estreitamente

¹⁰⁸⁶ Frank Michelman, 2004, p. 1419.

¹⁰⁸⁷ Frank Michelman, 2004, p. 1419.

¹⁰⁸⁸ Frank Michelman, 2004, p. 1419.

¹⁰⁸⁹ Frank Michelman, 2003, p. 404-405; id., 2004, p. 1419.

¹⁰⁹⁰ Frank Michelman, 2003, 404.

¹⁰⁹¹ Frank Michelman, 2004, p. 1420.

correlatas são pragmáticas e guiadas pelo conteúdo moral da justiça como equidade”
1092

Com efeito, os dois enigmas colocados por Michelman expressam a perplexidade que os elementos constitucionais essenciais do liberalismo político causam. A distinção para solucionar os enigmas com base na justicialidade e sem considerar a justicialidade decorre da tentativa de Michelman de encontrar outro fundamento para a inclusão ou não de normas de justiça básica entre os elementos constitucionais essenciais. Esse outro fundamento será doravante denominado de fundamento da justicialidade. Michelman observa que o fundamento da justicialidade é questionável, porque ele pressupõe que seja estabelecido o controle judicial de constitucionalidade das leis e esse estabelecimento não é um requisito do liberalismo político no entendimento de Rawls. Considerando, não obstante, que haja controle judicial de constitucionalidade das leis numa estrutura básica, a não-inclusão das questões básicas de justiça distributiva entre os elementos constitucionais essenciais é explicada por seu baixo grau de justicialidade, ao passo que a inclusão dos valores equitativos das liberdades políticas e do direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos simultaneamente à não-inclusão da liberdade equitativa de oportunidades e do princípio da diferença é explicada pela importância crucial dos valores equitativos e do mínimo social para a legitimidade, ainda que a baixa justicialidade desgaste o poder judiciário ao aplicar essas normas.

Michelman apresenta a solução dos enigmas sem presumir a adoção do controle judicial de constitucionalidade das leis e, portanto, sem considerar esse fundamento, já que o fundamento da justicialidade é questionável. Na tentativa de solucionar esses enigmas, Michelman alerta para o perigo de subinclusão de direitos e liberdades fundamentais entre os elementos constitucionais essenciais: as pessoas ficam à mercê da arbitrariedade das decisões das maiorias. Michelman alerta também para a sobreinclusão das questões básicas de justiça distributiva entre os elementos constitucionais essenciais: a falta de transparência dessas normas produz dificuldade em sua aceitação. A falta de transparência dessas questões incluídas na constituição põe em

¹⁰⁹² Frank Michelman, 2004, p. 1420. “Rawls’s responses to the judicial review question and closely related matters are pragmatic ones guided by the moral content of justice as fairness.”

risco a aceitação da constituição. Em outras palavras, considerar as questões básicas de justiça distributiva como essencialmente constitucionais põe em risco a legitimidade. Com o alerta da sobreinclusão, Michelman responde ao primeiro enigma: as questões de justiça básica não são elementos constitucionais essenciais para Rawls porque sua falta de transparência põe a legitimidade da constituição em risco. Em relação ao segundo enigma, Michelman o deixa apenas aparentemente sem resposta. Ele já observara na seção da resposta que leva em conta a justicialidade que ela é uma resposta possível, mas não a única resposta. Michelman lembra que o fundamento da urgência explica a inclusão do valor equitativo das liberdades política e do direito ao mínimo social que atenda às necessidades básicas.

A respeito da primeira modalidade de resposta aos enigmas, a questão que faço a respeito da resposta dada ao segundo enigma, seguindo o curso do raciocínio de Michelman, é se a baixa justicialidade desgasta mesmo o poder judiciário ou, mais especificamente, se ela desgasta o supremo tribunal. Essa questão se justifica do seguinte modo. A inclusão do valor equitativo das liberdades políticas e do direito ao mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos é crucial para a legitimidade da constituição. Se o supremo tribunal decidir sobre o valor equitativo das liberdades políticas ou sobre o mínimo social de acordo com os valores da razão pública, o supremo tribunal reforçará a legitimidade da constituição. Os cidadãos razoáveis só se mostram dispostos a serem membros plenamente cooperativos na estrutura básica porque eles sabem que o supremo tribunal pode aplicar essas normas consideradas essencialmente constitucionais. Se os cidadãos racionais e razoáveis descobrissem que essas normas não são aplicadas, eles questionariam os termos básicos que condicionam sua concordância em serem membros plenamente cooperativos da estrutura básica. Desse modo, a legitimidade acabaria sendo posta em risco, assim como ela seria posta em risco caso eles descobrissem que os direitos e liberdades fundamentais não são aplicados. Levanto a questão sobre o desgaste do supremo tribunal nesses casos em que a dificuldade de justicialidade é relativamente baixa. Considerar que o grau de dificuldade de justicialidade dessas questões é relativamente baixo, isto é, que seu grau de justicialidade é alto, significa considerar que seu grau de verificação é relativamente alto, ainda que não seja completamente verificável. A suposição é que esse desgaste possa não ser suficientemente significativo. A

consequência dessa suposição, no contexto da discussão em curso, caso ela fosse confirmada, é que a segunda resposta de Michelman parece ser questionável para os pressupostos do liberalismo político.

A respeito da segunda modalidade de resposta aos enigmas, a questão que se faz é se haveria mais uma resposta ao segundo enigma na sequência do raciocínio de Michelman. Como foi dito nesta seção, com o alerta da sobreinclusão, Michelman responde diretamente ao primeiro enigma, ao problema da falta de transparência das questões básicas de justiça distributiva, que tem por efeito ameaçar a legitimidade da constituição. Essa consideração responde indiretamente ao segundo enigma, ao problema da inclusão dos valores equitativos e do direito ao mínimo social simultaneamente à não-inclusão das questões básicas de justiça distributiva. Ela responde diretamente ao segundo enigma na hipótese de pressupor-se a existência de graus de transparência. O valor equitativo das liberdades políticas e o direito a um mínimo social que atenda às necessidades básicas de todos os cidadãos teriam um grau de transparência maior do que o princípio da diferença e a igualdade equitativa de oportunidades. Presumindo-se isso, a resposta ao segundo dilema estaria dada diretamente.

A respeito das duas modalidades de resposta em relação direta ao primeiro enigma e em relação indireta ao segundo enigma, uma observação pode ser feita. Michelman parece dar bastante ênfase à possibilidade de verificação das questões básicas de justiça distributiva e ao problema da transparência. Isso significa que ele enfatiza o fundamento da verificação e o fundamento da concordância. O fundamento da urgência é referido por Michelman apenas para justificar o segundo enigma na modalidade que não leva em conta a justicialidade. Em nenhum momento o fundamento da diferença dos papéis da estrutura básica foi mencionado. Em minha visão, essa constatação é bastante significativa e ela parece compatibilizar-se com a percepção que tenho a respeito dos dois enigmas, que foram competentemente organizados por Michelman, mas que, de outra maneira, são percebidos por outros autores¹⁰⁹³.

¹⁰⁹³ Lawrence Gene Sager, 2004, p. 1421-1422.

Uma possível resposta ao primeiro enigma pode ser dada com base nos quatro fundamentos usados por Rawls para distinguir os elementos constitucionais de segundo tipo das questões básicas de justiça distributiva. Em relação ao fundamento da urgência, como foi visto, tudo indica que as questões básicas de justiça distributiva não são incluídas porque elas envolvem não apenas a discussão guiada por valores políticos, como a razão pública requer, mas também a discussão guiada por valores não-políticos de doutrinas abrangentes. A complicação e a controvérsia das doutrinas abrangentes são incompatíveis com as exigências de uma situação urgente. Isso indica que valores não-políticos não guiam ou não devem guiar a discussão de questões que são essencialmente constitucionais. Em relação ao fundamento da verificação, foi visto que as normas essencialmente constitucionais e a forma de vê-las funcionar na prática são as coisas de que se precisa para atestar sua efetividade. Diante disso, as questões básicas de justiça distributiva não poderiam ser normas essencialmente constitucionais porque elas estão quase sempre sujeitas a grandes diferenças de opiniões razoáveis. Foi visto que, embora as questões fundamentais devam ser todas discutidas com base em valores políticos pelas diretrizes de indagação da razão pública, as questões de justiça básica são mais difíceis de discutir porque elas envolvem também valores não-políticos. Em relação ao fundamento da concordância, foi visto que, em função de a concretização dos direitos fundamentais e das liberdades fundamentais ser mais facilmente verificável do que a concretização das questões básicas de justiça distributiva, tendo em vista que aqueles envolvem apenas valores políticos, espera-se haver mais acordo sobre quais são os direitos e liberdades fundamentais do que sobre quais são as questões básicas de justiça distributiva essencialmente constitucionais. Os valores não-políticos de teorias complicadas e controvertidas estão na base das dificuldades para a obtenção de um acordo sobre elementos constitucionais essenciais.

Alguma dúvida poderia existir em relação ao argumento da diferença entre os papéis da estrutura básica, mas tudo indica que se pode encontrar a mesma linha de raciocínio em relação aos fundamentos anteriores. É preciso ter claro, inicialmente, que a estrutura básica da sociedade é a ordenação das principais instituições sociais em um esquema de cooperação¹⁰⁹⁴. De modo mais preciso, a estrutura básica da sociedade consiste nas principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade e na maneira

¹⁰⁹⁴ John Rawls, 1973, p. 54; id., 2000a, p. 57.

pela qual elas se combinam num sistema unificado de cooperação social de uma geração até a seguinte¹⁰⁹⁵. Um papel da estrutura básica, como foi visto, é preocupar-se com a aquisição do poder político e com os limites de seu exercício, o que é feito com a especificação de direitos e liberdades fundamentais e de procedimentos justos. Outro papel da estrutura básica é preocupar-se com as instituições de base da justiça social e da justiça econômica, o que é feito com a especificação das questões básicas de justiça distributiva. A distinção que Rawls observa entre as principais instituições sociais é feita com base em suas funções: há instituições com função estritamente política e há instituições que possuem concomitantemente função política e função distributiva, o que poderia ser chamado de função político-distributiva. Rawls parece considerar que as normas jurídicas diferentes desempenham função diferente, no sentido de que à constituição cabem funções que não cabem às leis. Essas funções não são arbitrárias, mas são definidas consensualmente entre os cidadãos racionais e razoáveis. Desse modo, normas chamadas constitucionais têm a função de disciplinar as instituições estritamente políticas da estrutura básica, ao passo que as normas legais têm a função de disciplinar as demais instituições da estrutura básica. Isso parece indicar que, mais uma vez, o critério subjacente para a inclusão de questões entre os elementos constitucionais essenciais é o de essas questões serem orientadas apenas por valores políticos da razão pública.

Levando-se em conta os quatro fundamentos usados por Rawls para justificar a distinção entre os elementos constitucionais de segundo tipo e as questões básicas de justiça distributiva, a relação que pode ser estabelecida é a de que o critério para se incluir uma questão fundamental entre os elementos constitucionais essenciais é a possibilidade de ela ser justificada apenas com base em valores políticos guiados pelas diretrizes de indagação da razão pública. Penso que esse critério abrange a interpretação de Michelman, que se foca especialmente no que ele denomina de problema da transparência e de problema de verificação, e que esse critério responde ao primeiro enigma de Michelman. Essa é uma solução possível para o primeiro enigma, tomando por base apenas as considerações de Rawls.

¹⁰⁹⁵ John Rawls, 2005, p. 11; id., 2000b, p. 54.

Uma possível resposta ao segundo enigma pode ser dada seguindo essa mesma linha de raciocínio, no que tange ao direito a um mínimo social. O enigma da simultânea inclusão de um mínimo social e não-inclusão do princípio da diferença pode ser resolvido de acordo com o mesmo critério usado para resolver o primeiro dilema. A inclusão daquele e a não-inclusão deste decorre da possibilidade de aquele estar vinculado exclusivamente aos valores políticos da razão pública. Como foi dito, a distinção entre os princípios que orientam os diferentes papéis da estrutura básica não significa que as pessoas não tenham direito a terem suas necessidades básicas satisfeitas. Rawls compreende que a satisfação das necessidades básicas tem, nos quadros do liberalismo político, uma justificativa política, na medida em que ela é necessária para que os cidadãos possam entender os direitos e liberdades e para que eles possam exercer esses direitos e liberdades de forma fecunda, profícua ou frutífera¹⁰⁹⁶. Vale lembrar que a justificativa política mostra que a justiça como equidade e o liberalismo político não se confundem. A inclusão do mínimo social, no liberalismo político, é uma pressuposição necessária para a viabilidade da discussão democrática.

Uma resposta ao segundo enigma parece não poder ser dada, a princípio, no que tange ao valor equitativo das liberdades políticas. Há, pelo menos, duas situações em que o valor equitativo das liberdades políticas é discutido por Rawls, além daquela constante em *A Theory of Justice*¹⁰⁹⁷. A referência ao valor equitativo das liberdades políticas aparece em *The basic liberties and their priority*¹⁰⁹⁸, publicado em 1982, que voltaria a ser publicado em 1993, sem alterações, como a conferência VIII de *Political liberalism*. Nesse texto, que responde às críticas de Herbert Hart¹⁰⁹⁹, Rawls observa que as liberdades fundamentais expressas no primeiro princípio da justiça como equidade não são mera formalidade¹¹⁰⁰. Nessa ocasião, Rawls afirma que, na justiça como equidade, as liberdades fundamentais são as mesmas para todos os cidadãos e que, por isso, não cabe a pergunta de como compensar diferenças de liberdade entre os cidadãos. Rawls, no entanto, observa que o valor dessa liberdade não é o mesmo para todos, no sentido de que o proveito que as pessoas tiram de suas liberdades não é igual¹¹⁰¹. A distinção

¹⁰⁹⁶ John Rawls, 2005, p. 7.

¹⁰⁹⁷ John Rawls, 1971, p. 204-205.

¹⁰⁹⁸ John Rawls, 2005, p. 289-371.

¹⁰⁹⁹ Herbert Lionel Adolphus Hart, 1973, p. 534-555.

¹¹⁰⁰ John Rawls, 2005, p. 324-325.

¹¹⁰¹ John Rawls, 2005, p. 326.

feita por Rawls é entre liberdade e valor da liberdade. Essa distinção é feita com o objetivo de combinar as liberdades fundamentais com um princípio que regule alguns bens primários, que são meios para alcançar o proveito dessas liberdades. Para alcançar essa harmonia entre liberdade e igualdade na justiça com equidade, Rawls observa ser necessário tratar, entre as liberdades fundamentais, as liberdades políticas de modo especial¹¹⁰². Isso evita que, uma vez cessada a escolha dos princípios sob o véu da ignorância e constatadas as desigualdades sociais e econômicas previstas de acordo com o segundo princípio, as pessoas que detenham maior responsabilidade e maior riqueza controlem a elaboração legislativa em proveito próprio¹¹⁰³. A referência ao valor equitativo das liberdades políticas aparece, ainda, na primeira conferência de *Political liberalism*¹¹⁰⁴. Rawls inicia a primeira conferência colocando algumas questões. Rawls questiona, entre outras coisas, sobre a justiça política numa sociedade democrática ou sobre a forma de organizar as instituições básicas de uma democracia constitucional. A indagação de Rawls é saber qual é a concepção de justiça mais apta para especificar os termos equitativos da cooperação entre cidadãos livres e iguais¹¹⁰⁵. A resposta de Rawls é que não há concordância. Isso, para Rawls, é visível na tradição do pensamento democrático moderno que conflita entre a tradição associada a Locke ou a liberdade dos modernos e a tradição associada a Rousseau ou a liberdade dos antigos, como observado por Benjamin Constant¹¹⁰⁶. Rawls afirma que a teoria da justiça como equidade procura arbitrar entre essas tradições conflitantes por meio dos dois princípios da justiça. Nesse contexto, Rawls lembra os princípios da justiça como equidade. O primeiro princípio da justiça como equidade enuncia que, “cada pessoa tem uma pretensão igual a um esquema plenamente adequado de direitos e liberdades básicos iguais, cujo esquema seja compatível com o mesmo esquema para todos; e, nesse esquema, as liberdades políticas iguais, e apenas essas liberdades, devem ter garantidas seu valor equitativo”¹¹⁰⁷. Rawls observa que os princípios da justiça como equidade

¹¹⁰² John Rawls, 2005, p. 326-327.

¹¹⁰³ John Rawls, 2005, p. 325-326.

¹¹⁰⁴ John Rawls, 2005, p. 3-46. A referência ao valor equitativo das liberdades políticas ainda não aparece no texto que deu origem às três primeiras conferências de *Political liberalism*, que é *Kantian constructivism in moral theory*, publicado em 1980, traduzido como “O construtivismo kantiano na teoria moral”.

¹¹⁰⁵ John Rawls, 2005, p. 3-4.

¹¹⁰⁶ John Rawls, 2005, p. 5. Cf. Benjamin Constant, 2010, p. 7-44.

¹¹⁰⁷ John Rawls, 2005, p. 5. “a. Each person has an equal claim to a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with the same scheme for all; and in this scheme the equal political liberties, and only those liberties, are to be guaranteed their fair value”.

expressam uma forma igualitária de liberalismo em virtude de, entre outras coisas, garantir o valor equitativo das liberdades políticas, de modo que não sejam puramente formais¹¹⁰⁸. Em seguida, Rawls explica que todos esses elementos da *justiça como equidade* continuam válidos em relação ao liberalismo político, mas ele faz a ressalva de que seu tema, no entanto, é o *liberalismo político*, de forma que grande parte de sua discussão diz respeito a concepções liberais de forma *mais geral*, admitindo todas as suas variantes. Ele afirma, ainda, que isso é feito na conferência VI, em que ele considera ideia da razão pública¹¹⁰⁹.

Na conferência a respeito da ideia da razão pública, Rawls comenta o conteúdo da razão pública. Nessa ocasião, Rawls afirma que os dois princípios apresentados na primeira conferência, que são os princípios reformulados da justiça com equidade, estão dentro dos elementos que caracterizam sua descrição geral da concepção política de justiça, que é liberal em sentido muito amplo¹¹¹⁰. Ele afirma, ainda, que cada um desses elementos pode ser visto de diferentes modos e que é por isso que há tantos liberalismos. Isso é compreensível, já que a justiça como equidade é uma forma de liberalismo político. Mais adiante, ao enunciar a ideia de elementos constitucionais essenciais, ele se refere aos direitos e liberdades fundamentais sem mencionar seu valor equitativo. O valor equitativo das liberdades políticas não aparece nessa ocasião. Rawls faz concessão a algum princípio de oportunidade, como a liberdade de movimento e a livre escolha de ocupação, que são evidentemente liberdades formais de oportunidade, mas não à igualdade equitativa de oportunidades. Ele faz concessão ao mínimo social que satisfaça às necessidades básicas de todos os cidadãos, mas não ao princípio da diferença. Isso é assim porque o liberalismo político, ressalvada a condição *sine qua non* de as pessoas estarem em condições de realizar uma discussão política de forma frutífera, é uma concepção que não pode estar previamente comprometida com nenhuma variação do liberalismo, sequer com a justiça como equidade.

Diante disso, tudo leva a crer que o problema do valor equitativo das liberdades políticas não é discutido na ideia de razão pública porque não faz parte do liberalismo

¹¹⁰⁸ John Rawls, 2005, p. 6.

¹¹⁰⁹ John Rawls, 2005, p. 7.

¹¹¹⁰ John Rawls, 2005, p. 223. No texto, Rawls faz remissão ao ponto em que constam os dois princípios reformulados, que é na primeira conferência, primeiro parágrafo, itens 1 e 2.

político e sim da justiça como equidade. Isso não quer dizer que o liberalismo político rejeite o valor equitativo das liberdades políticas, mas que não é possível afirmar de antemão que ele seja incluído entre os elementos constitucionais essenciais do liberalismo político. Nada impede que, com o uso da razão pública numa situação específica, um regime político liberal adote o valor equitativo das liberdades políticas na concepção política de justiça que subjaz aos elementos constitucionais essenciais, mas esse valor não está nas bases do liberalismo político em sua forma mais geral. Desse modo, o segundo enigma de Michelman cabe quanto ao mínimo social, mas não cabe quanto ao valor equitativo das liberdades políticas. Não há enigma quanto a esse ponto, porque ele não existe para o liberalismo político.

Em suma, a compreensão das razões de Rawls sobre a inclusão ou não de questões de justiça básica entre os elementos constitucionais essenciais é amplamente favorecida com a leitura dos trabalhos de Michelman¹¹¹¹. Suas considerações sobre a justicialidade em termos de controle judicial de constitucionalidade das leis e a relação que ele estabelece entre elementos constitucionais essenciais e transparência são bastante elucidativas¹¹¹². Chama a atenção sua exposição dos dois aparentes enigmas a respeito dos elementos constitucionais essenciais. A exposição desses enigmas expressa, de forma organizada, a perplexidade que os elementos constitucionais essenciais causam aos leitores de Rawls que estão menos familiarizados com a teoria da justiça como equidade¹¹¹³. Uma análise das justificativas de Rawls para construir os elementos constitucionais essenciais da forma como estão construídos, da ideia de razão pública e do problema da estabilidade parece mostrar que a formulação do segundo enigma de Michelman é inválida no ponto relativo ao valor equitativo das liberdades políticas. Isso porque Michelman interpreta o direito constitucional no liberalismo político na óptica da teoria da justiça como equidade, que é uma das variações do liberalismo político e não na óptica do liberalismo político em sentido amplo. A interpretação do liberalismo político sob a óptica da justiça como equidade permite compatibilizá-la com o liberalismo político em sentido amplo, mas não permite compreender o liberalismo político em sentido amplo por si mesmo, que pressupõe uma concepção política de justiça autossustentada que não necessariamente a justiça como equidade. A análise das

¹¹¹¹ Frank Michelman, 2003; *id.*, 2004.

¹¹¹² Frank Michelman, 2003; *id.*, 2004.

¹¹¹³ Lawrence Gene Sager, 2004, 1422.

justificativas de Rawls no contexto da ideia de razão pública e do problema da estabilidade também parece mostrar que, nos quadros do liberalismo político, as normas consideradas essencialmente constitucionais são aquelas que podem ser democraticamente escolhidas à condição de satisfazerem a uma base pública de justificação pautada exclusivamente pelos valores políticos guiados pelas diretrizes de indagação da razão pública, que são as normas que especificam a estrutura geral do estado e do processo político, por um lado, e que especificam os direitos básicos iguais ou direitos fundamentais e as liberdades básicas iguais ou liberdades fundamentais, por outro lado, incluindo-se a liberdade formal de oportunidade e o direito a um mínimo social que satisfaça às necessidades básicas de todos os cidadãos. Na descrição de Rawls do liberalismo político, essas são normas que cidadãos racionais e razoáveis que vivem numa sociedade caracterizada pelo pluralismo razoável são capazes de endossar e que são capazes de explicar uns aos outros. Isso significa que essas normas atendem ao princípio liberal de legitimidade e ao dever de civilidade em qualquer variação do liberalismo político. Fica compreendido que normas como o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, o princípio da diferença e o princípio da poupança justa, bem como o valor equitativo das liberdades políticas não compõem, respectivamente, os elementos constitucionais essenciais do liberalismo político em sentido amplo nem, aprioristicamente, a concepção política de justiça focal do consenso sobreposto razoável, mas compõem as questões fundamentais da razão pública. Isso significa que, mesmo sendo questões discutidas por doutrinas abrangentes e razoáveis, o princípio da diferença, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da poupança justa são também discutidos pelos valores políticos guiados pelas diretrizes de indagação da razão pública, devendo ser incluídas no conjunto das normas legais, embora não no das normas constitucionais do liberalismo político em sentido amplo. O valor equitativo das liberdades políticas também deve ser discutido no permanente processo de formação do consenso sobreposto razoável. Enfim, vale observar que nada impede a inclusão da igualdade equitativa de oportunidades e do princípio da diferença no conjunto das normas constitucionais. Nesse caso, contudo, haverá não o liberalismo político em sentido amplo, mas uma variação do liberalismo político, como a justiça como equidade, com a possibilidade de crise de legitimidade da constituição, caso seus processos de inclusão de normas e de aplicação de normas não observem (essa é a

dificuldade) a justificação *pro tanto* e a justificação pública com base nos valores políticos guiados pelas diretrizes de indagação da razão pública.

5.3 O mínimo social como direito fundamental da constituição do liberalismo político

O direito a um mínimo social é, para o liberalismo político, mais do que um direito de cidadania: ele é um dos direitos e liberdades fundamentais da constituição. Embora Rawls se refira ao direito a “um mínimo social que satisfaça às necessidades básicas de todos os *cidadãos*” (grifo meu) ¹¹¹⁴, o direito a um mínimo social não é um direito exclusivo dos cidadãos. Ele é um direito pertencente a qualquer pessoa. Na teoria da justiça como equidade, Rawls afirma, ao descrever o papel da justiça, que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais e que “cada *pessoa* possui uma inviolabilidade fundada na justiça a que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode se sobrepor” (grifo meu) ¹¹¹⁵. Rawls afirma, ainda, que “uma sociedade é uma associação mais ou menos autossuficiente de *pessoas* que, em suas relações umas com as outras, reconhecem certas regras de conduta como vinculantes e que, na maior parte [das vezes], agem de acordo com elas”. Mais adiante, Rawls observa que “uma sociedade é bem-ordenada quando ela não apenas é projetada para promover o bem de seus *membros*, mas [também] quando ela é efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça”. Rawls faz um uso intercambiável dos termos *cidadão*, *pessoa* e *membro* não só na descrição do papel da justiça, mas ao longo de toda sua obra. Com efeito, no liberalismo político, Rawls põe ênfase na concepção política de pessoa, como oposta à concepção metafísica de pessoa: a pessoa não é definida em si mesma como de natureza livre, mas como politicamente livre em suas relações mútuas na estrutura básica da sociedade. Assim, “as *pessoas* são vistas como livres [...] e [...], na cultura política pública de um regime constitucional democrático, os *cidadãos* concebem a si mesmos como livres [...]” (grifos meus) ¹¹¹⁶. Rawls faz uso dessas expressões de modo intercambiável ao longo de toda sua obra. Além disso, Rawls considera que um dos

¹¹¹⁴ John Rawls, 2005, p. 228. “[...] a social minimum providing for the basic needs of all citizens [...]”.

¹¹¹⁵ John Rawls, 1971, p. 3; *id.*, 1999a, p. 3. “Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override”.

¹¹¹⁶ John Rawls, 2005, p. 34. “[...] persons are regarded as free [...] and [...], in the public political culture of a constitutional democratic regime citizens conceive of themselves as free [...]”.

traços do relacionamento político num regime constitucional é o de que “ele é um relacionamento de pessoas dentro da estrutura básica da sociedade, uma estrutura de instituições básicas em que nós entramos apenas pelo nascimento e saímos apenas pela morte (ou assim nós podemos apropriadamente assumir)”¹¹¹⁷. É nesse sentido que Rawls assume uma sociedade como fechada. Essa definição é importante para que nós possamos situar a questão do direito de imigração. Para Rawls, o direito de imigração não torna a aceitação da autoridade política voluntária, do mesmo modo que voluntária é a aceitação da autoridade eclesiástica, por exemplo. O imigrante é visto como membro da sociedade, mas o direito de imigração é uma questão discutida no âmbito da relação apropriada entre os povos, isto é, no direito dos povos. Assim, o *status* do imigrante como membro da sociedade é garantido, desde que isso seja estabelecido na relação entre as sociedades políticas, isto é, no direito internacional¹¹¹⁸.

O direito a um mínimo social é um direito fundamental da constituição ainda que a constituição não tenha essa afirmação expressa em texto. Com efeito, o direito a um mínimo social é um elemento essencial da constituição do liberalismo político. O direito a um mínimo social faz parte de qualquer concepção política de justiça adotada no consenso sobreposto razoável. Isso significa que, antes de compor seu texto, esse direito está na base de interpretação da constituição. Essa consideração pressupõe uma constituição escrita, mas a forma escrita da constituição não é um requisito do liberalismo político. O liberalismo político comporta tanto uma constituição escrita como uma constituição consuetudinária, assim como ele comporta tanto uma democracia dualista como uma democracia monista. Esse reconhecimento consta em autores que lidam com concepções minimalistas de estado. No libertarismo de Robert Nozick, o direito a um mínimo social é interpretado como direito de retificação em sua teoria da propriedade¹¹¹⁹. No liberalismo minimalista de estado de Friedrich Hayek, há o reconhecimento do direito a um mínimo social¹¹²⁰. Com efeito, o reconhecimento do direito a um mínimo social não é uma contradição assumida por esses autores, pois, como vimos, o direito a um mínimo social não é uma questão de justiça social ou de

¹¹¹⁷ John Rawls, 2005, p. 135-136. “[...] it is a relationship of persons within the basic structure of society, a structure of basic institutions we enter only by birth and exit only by death (or so we may appropriately assume)”.

¹¹¹⁸ John Rawls, 2005, p. 41, p. 135-136.

¹¹¹⁹ Robert Nozick, 2009, p. 194-195; Gillian Brock, 1998, p. 174 e p. 176-177; Stuart White, 2008.

¹¹²⁰ Friedrich Hayek, 1978, p. 87; *id.*, 1979, p. 142-143 e p. 150; Christina Petsoulas, 2001, p. 59-60.

justiça distributiva, sempre controversa entre as diversas concepções liberais, mas uma condição de efetiva participação política e social das pessoas numa democracia liberal.

Com base no que vimos até aqui, não há dificuldade em afirmar que o direito a um mínimo social é um direito fundamental constante na constituição do liberalismo político, ainda que de modo pressuposto em sua base de interpretação. A implicação prática de todas as considerações teóricas que nós vimos é a de que toda pessoa é titular do direito a um mínimo social. Essa universalidade é plena e não faz distinção entre os membros da sociedade. Independentemente do *status* político, econômico, social ou de qualquer outro, toda pessoa faz jus a essa transferência como parte integrante de sua remuneração, somando-se, se tiver, às suas rendas do trabalho, do capital e da terra. Isso significa que a pessoa situada na melhor posição social e econômica faz jus ao mínimo social tanto quanto a pessoa situada na pior posição social e econômica, embora o direito a um mínimo social seja pensado para conferir os meios monetários condizentes com o efetivo *status* de cidadania igual que uma democracia liberal requer. Do mesmo modo, o imigrante faz jus ao mínimo social tanto quanto o nacional, observado o direito de imigração. Pode parecer estranho, *prima facie*, que o direito a um mínimo social possa ser recebido por qualquer membro da sociedade, independentemente de suas credenciais sociais e econômicas. É preciso ter em mente que o direito a um mínimo social é um direito fundamental e que, nessa condição, tem um sentido de alcance amplo. É preciso ter em mente, ainda, que o liberalismo político pressupõe uma cultura política de fundo, que é formada por pessoas que se vêm mutuamente como livres e iguais numa sociedade marcada pelo fato do pluralismo razoável, que formam uma sociedade plenamente cooperativa, que compartilham de uma concepção política de justiça autossustentada, que prezam pelos laços de amizade cívica e pelo dever de civilidade, que se entendem por meio da razão pública num consenso sobreposto razoável. Esse pressuposto é o lastro da base de interpretação da constituição e da própria constituição do liberalismo político. Desse modo, no liberalismo político, não se espera que a pessoa mais bem situada social e economicamente requeira sua parcela de transferência social. No entanto, se ela requerer, esse é um direito público subjetivo que lhe assiste, assim como assiste a todo membro social, especialmente ao mais pobre em termos sociais e econômicos. Dado o fundo comum de financiamento do mínimo social, os pressupostos da sociedade liberal faz crer que apenas as pessoas situadas nas

posições sociais e econômicas mais difíceis receberão efetivamente o direito a um mínimo social e, desse modo, sua parcela remuneratória poderá ser mais elevada. Vale lembrar que o cálculo do mínimo social sugerido por Rawls na teoria da justiça com equidade é suficiente para garantir a seu titular a melhor situação possível para a posição social e econômica mais difícil, dentre todas as piores posições sociais e econômicas possíveis de outras sociedades, dada sua associação com o princípio da diferença. Vale lembrar ainda que o cálculo do mínimo social não é definido para o liberalismo político em geral, mas se sabe que ele deve garantir um efetivo *status* de cidadania igual por meio da remuneração e da instrução ou educação.

Uma questão importante é a de como o liberalismo político efetiva o direito a um mínimo social. Numa democracia dualista, observada a descrição de Rawls, a efetivação deve ser buscada por todos os poderes do estado, cada qual em sua esfera de competência, mas nessa forma de democracia, como vimos, o exemplar da razão pública é o supremo tribunal ou a corte constitucional. Isso significa que todos os poderes do estado devem se empenhar na realização do direito ao um mínimo social como devem se empenhar na realização de todos os direitos e liberdades fundamentais. No entanto, não havendo política pública que efetive esse direito fundamental, cabe ao supremo tribunal ou à corte constitucional reconhecer o direito e determinar seu cumprimento à administração pública. O maior problema a ser enfrentado pelo supremo tribunal ou tribunal constitucional é certamente o da determinação do valor do mínimo social. Se a sociedade tiver adotado a justiça como equidade como concepção política de justiça, a determinação do valor deverá considerar os cálculos sugeridos pela teoria, como vimos na seção própria. Para o liberalismo político, o que importa é garantir o mínimo social em termos de meios para todos os propósitos [*all-purpose means*]¹¹²¹, isto é, na forma de remuneração, compatível com o conteúdo da cultura política pública que, por sua vez, depende dos termos da concepção política de justiça. Não obstante essa dificuldade, o supremo tribunal deve considerar qual transferência é capaz de fornecer uma capacidade efetiva de participação política nos quadros da cultura política de fundo existente naquela sociedade. Assim, para o liberalismo político, qualquer pessoa pode pedir na justiça sua parcela relativa ao mínimo social. Havendo controvérsia a esse respeito, essa questão pode ser decidida em única ou última

¹¹²¹ John Rawls, 2005, liii.

instância, nos termos da estrutura processual que for adotada, pelo supremo tribunal ou tribunal constitucional.

Uma questão restante é a do limite do mínimo social, isto é, a do valor mínimo que poderia ser atribuído ao mínimo social. Para a teoria original da justiça como equidade, essa pergunta não faz sentido. Isso porque o direito ao mínimo social é associado ao princípio da diferença, que procura maximizar as condições existentes para a pior situação social e econômica. Para o liberalismo político em geral, uma pergunta oposta sobre o valor máximo pode ser respondida por meio da ideia de reserva do possível. A reserva do possível é um conceito desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal [*das Bundesverfassungsgericht*] da República Federal da Alemanha e se relaciona à possibilidade de contenção da ampliação de direitos sociais fundamentais em situações bem contextualizadas. De acordo com o Tribunal, “também, na medida em que direitos de participação não são restringidos aprioristicamente aos existentes em dado momento, eles permanecem, não obstante, sob a reserva do possível em seu sentido, no de o que o indivíduo pode razoavelmente reivindicar da sociedade”¹¹²². Essa definição possui, além de seu contexto constitucional, o contexto do caso *numerus clausus I*. Esses contextos situam a reserva do possível como um expediente de avaliação da ampliação dos direitos de participação. A ideia da reserva do possível é a de que os indivíduos podem demandar judicialmente (demandar indiretamente da sociedade e diretamente do estado) a ampliação de direitos de participação, desde que sua demanda de ampliação seja razoável. A razoabilidade da pretensão, nesse caso, é a razoabilidade da ampliação de um direito de participação. A questão financeira ou de disponibilidade de recursos não faz parte do conceito de reserva do possível. A reserva do possível é um conceito elaborado pelo Tribunal Constitucional Federal num contexto constitucional preocupado em assegurar direitos sociais fundamentais já efetivados e em ampliar a efetivação desses mesmos direitos. Desse modo, a reserva do possível é um critério de observância de razoabilidade na maximização de direitos sociais fundamentais e não um expediente argumentativo de negação de direitos sociais fundamentais em termos

¹¹²² Bundesrepublik Deutschland, 1972. BVerfGE 33, 303 (333). No texto original: „Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann.“

financeiros ou de suposta escassez¹¹²³. Isso significa que, em relação ao direito a um mínimo social, a remuneração do direito ao mínimo social se estende ao ponto de razoabilidade do que pode ser demandado da sociedade, com a razoabilidade entendida nos termos vistos no capítulo sobre as ideias básicas do liberalismo político.

¹¹²³ A respeito da reserva do possível, cf. Luis Fernando Sgarbossa, 2010.

CONCLUSÃO

Nas páginas precedentes, vimos inicialmente como Rawls descreve a constituição no contexto da teoria da justiça como equidade. Houve uma apresentação da teoria original da justiça como equidade no capítulo primeiro que nos permitiu descrever de forma contextualizada sua concepção de constituição no capítulo segundo. A interpretação feita foi a de que a constituição da teoria original da justiça como equidade é uma instituição da estrutura básica da sociedade. A constituição consiste num procedimento imperfeitamente justo, provavelmente efetivo e normativamente superior, cujas normas, direta ou indiretamente procedimentais, visam à garantia da liberdade igual dos cidadãos. Em outras palavras, a concepção de constituição sustentada na justiça como equidade possui três elementos: (1) o elemento do procedimento, (2) o elemento da liberdade e (3) o elemento da efetividade, com prioridade do elemento da liberdade, uma vez que a constituição concretiza a liberdade igual como liberdade de igual participação. Essa instituição da estrutura básica tem sua justiça discutida ou interpretada com base nesses elementos tanto na posição original quanto nos demais estágios de concretização por meio do equilíbrio reflexivo ou refletido. A tentativa que fizemos de isolar ou especificar a concepção de constituição da teoria original da justiça como equidade teve o propósito de permitir compreender por que, para a teoria da justiça como equidade, o direito a um mínimo social é um direito fundamental, ao passo que as normas sobre desigualdades sociais e econômicas não são normas constitucionais. Essa compreensão prévia é imprescindível à solução do problema da tese, além de nos ajudar a compreender por que, no liberalismo político descrito por Rawls, o direito a um mínimo social é um direito fundamental, ao passo que as normas sobre desigualdades sociais e econômicas não são elementos constitucionais essenciais ou elementos essenciais da constituição.

Feitas as considerações sobre a justiça como equidade e sua constituição, passamos, no capítulo terceiro, a uma apresentação do liberalismo político descrito por Rawls com o propósito de discutir a constituição que dele resulta e, assim, discutir a questão da inclusão do direito a um mínimo social e da não inclusão das normas sobre desigualdade social e econômica na constituição. Houve, então, uma apresentação do

liberalismo político descrito por Rawls que nos permitiu analisar de forma contextualizada a concepção de constituição sustentada pelo liberalismo. Essa apresentação contou com a descrição da transição da justiça como equidade para o liberalismo político e das várias ideias que compõem o liberalismo político, especialmente as de consenso sobreposto razoável e de razão pública, indispensáveis para a compreensão da constituição do próprio liberalismo. Assim, vimos que Rawls distingue as questões fundamentais da razão pública em duas: a constituição e as questões de justiça básica, sendo a constituição descrita em seus elementos característicos: os elementos essenciais da constituição ou elementos constitucionais essenciais. Essa distinção entre os essenciais constitucionais e as questões de justiça básica chama a atenção porque ela implica justamente a não-inclusão das questões básicas de justiça distributiva na constituição, tendo a obra de Rawls notoriedade pela inclusão do princípio da diferença entre os dois princípios da justiça. Diante disso, fizemos uma análise das razões apresentadas por Rawls para essa distinção. Nós as denominamos de fundamento da urgência, de fundamento da verificação, de fundamento da concordância e de fundamento da diferença entre os papéis da estrutura básica. Nós denominamos o conjunto desses fundamentos de critério de essencialidade.

Ao comparar a constituição da justiça como equidade e a constituição do liberalismo político, nós vimos que suas definições são compatíveis. Com efeito, a definição da constituição da justiça como equidade é compatível com a definição da constituição do liberalismo político, isto é, a definição da constituição como o acervo de normas jurídicas que se distingue por tratar dos princípios fundamentais da estrutura geral do estado e do processo político e dos princípios fundamentais sobre os direitos e as liberdades básicos. A concepção da constituição da justiça como equidade, por sua vez, é compatível com a definição do liberalismo de uma constituição como composta pela estrutura geral do estado e do processo político e pelos princípios que tratam dos direitos e liberdades fundamentais. Com efeito, a justiça como equidade é vista por Rawls como uma concepção política em meio a outras concepções políticas do liberalismo político. Já a distinção entre a constituição do liberalismo político e a constituição da justiça como equidade está na concepção política. A justiça como equidade é uma concepção política de justiça que especifica não só as normas, mas também a base de interpretação da constituição, ao passo que o liberalismo político

deixa para uma concepção política alcançada ao longo do tempo, como *modus vivendi*, como consenso constitucional e como consenso sobreposto razoável, por meio da razão pública, a tarefa de especificar uma concepção política de justiça que forneça uma base de interpretação constitucional, embora a concepção da justiça como equidade continue sendo, para Rawls, uma concepção política de justiça que melhor concilia as reivindicações de liberdade e de igualdade, isto é, as reivindicações de liberdade dos modernos e de liberdade dos antigos. Em outras palavras, nós vimos que a distinção está no fato de que a interpretação da constituição está circunscrita aos pressupostos da posição original e do equilíbrio reflexivo, ao passo que a interpretação da constituição do liberalismo político comporta qualquer concepção política de justiça compatível com o próprio liberalismo dentro dos limites da razão pública e de seus pressupostos. Com efeito, Rawls entende a justiça como equidade como uma variação do entendimento genérico de liberalismo político.

Uma vez entendidas as constituições da justiça como equidade e do liberalismo político descrito por Rawls em suas semelhanças e em suas distinções nos capítulos segundo e terceiro, nós passamos a uma análise tanto das normas sobre desigualdade social e econômica quanto do direito a um mínimo social. Nós começamos, no capítulo quarto, com as normas sobre desigualdade social e econômica, que compreendem, para a teoria de Rawls, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, o princípio da diferença condicionado pela restrição do princípio da poupança justa, tudo em ordem serial estabelecida de forma lexicográfica, com a prioridade do princípio da liberdade igual. Isso significa que não há como considerar o problema da possível inclusão do princípio da diferença na constituição do liberalismo político descrito por Rawls de forma isolada, uma vez que sua teoria da justiça como equidade prevê a aplicação do princípio da diferença em meio à ordem serial. Desse modo, o princípio da diferença foi analisado em conexão com os demais princípios e em seu processo de relativa delimitação semântica composto de três etapas, a que chamamos de três aproximações. Nós vimos que a primeira aproximação traz termos que requerem delimitação e que a segunda aproximação traz quatro interpretações possíveis das normas sobre desigualdade social e econômica, isto é, do segundo princípio da justiça: a interpretação da liberdade natural, a interpretação da aristocracia natural, a interpretação da igualdade liberal e a interpretação da igualdade democrática. Uma vez especificadas as normas sobre

desigualdade social e econômica nos termos da interpretação da igualdade democrática, Rawls passa à terceira aproximação, que é alcançada com restrição do princípio da poupança justa ao princípio da diferença e com uma descrição das instituições de fundo da justiça distributiva que exemplificam a aplicação do segundo princípio. Realizar essa análise requereu trazer a lume um conjunto de noções correlatas importantes para o processo de compreensão dos princípios com autores que estão na base da formação de seus conceitos.

Nós prosseguimos, no capítulo quinto, com uma análise do direito a um mínimo social no entendimento de Rawls. Essa análise foi realizada em duas partes: uma sobre o mínimo social na justiça como equidade e outra sobre o mínimo social no liberalismo político. Na justiça como equidade, ele é parte das instituições de fundo da justiça distributiva, isto é, de um arranjo institucional que ilustra o segundo princípio e que requer, além de seu setor próprio, o setor de transferências, outros setores responsáveis pelo orçamento público como definido pela teoria das finanças públicas: o setor de alocação, o setor de estabilização, o setor de distribuição e o setor de trocas. Nós vimos que o valor do mínimo social é estabelecido nesse contexto com tendência de maximização em razão de sua vinculação ao princípio da diferença. Esse valor é dado pela diferença entre o total da acumulação e a soma das despesas destinadas às instituições estatais justas estabilizadas com a taxa de acumulação de capital definida pela poupança justa. Nós vimos também que a tendência de maximização atinge seu ápice no momento do curso civilizacional em que a taxa de acumulação cai para zero. Já no liberalismo político, embora haja divergência entre as doutrinas abrangentes e razoáveis sobre a concepção e o valor do mínimo social, há uma concordância com sua legitimidade como essencial constitucional. Nós vimos que, para o liberalismo político, o direito a um mínimo social não é uma questão de necessidade em detrimento de uma questão de desejo, que o direito a um mínimo social não é uma questão de justiça social, que o direito a um mínimo social é um pressuposto e um efeito do consenso sobreposto sobre os essenciais constitucionais e que ele não tem, para o liberalismo político, um valor estabelecido previamente na constituição, embora esse valor não possa ser mera retórica e deva satisfazer às necessidades (no sentido especificado) de todas as pessoas, observada a razoabilidade do valor estabelecido e o direito de imigração nos casos aplicáveis. Enfim, ainda no capítulo quinto, consideradas as constituições da justiça

como equidade e do liberalismo político, bem como as análises das normas sobre desigualdade social e econômica e do direito a um mínimo social, tivemos como responder ao problema da tese, que converge com as colocações de Michelman e de Sager em sua perplexidade em relação à extensão dos elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por Rawls.

Com efeito, este estudo é estruturado em torno do problema da possibilidade de inclusão do princípio da diferença e do direito a um mínimo social entre os elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito por John Rawls. A hipótese de trabalho testada se refere à possibilidade de o princípio da diferença e do direito a um mínimo social serem considerados elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito pelo autor. Como há, metodologicamente, preocupação com a preservação da complexidade da interpretação, deixando-a livre do emprego de métodos heurísticos, há uso de uma racionalidade que permite a obtenção de um resultado plausível diante dos dados do problema: a argumentação. Assim, o teste da hipótese de trabalho foi feito por meio de dois critérios: o critério da vinculação entre direito a um mínimo social e princípio da diferença e o critério de essencialidade, que corresponde aos critérios da distinção entre princípios que abrangem direitos e liberdades fundamentais e princípios concernentes às desigualdades sociais e econômicas. Isso requereu a compreensão da constituição na justiça como equidade original, da constituição no liberalismo político, do princípio da diferença e do direito a um mínimo social, tudo como descrito nos trabalhos mais relevantes de Rawls.

Com base nas descrições da constituição da teoria original da justiça como equidade e da constituição do liberalismo político descrito por Rawls, o conjunto dos critérios de essencialidade não comportam o princípio da diferença como elemento constitucional essencial do liberalismo político. No entanto, não há incompatibilidade entre a constituição do liberalismo político e a constituição da justiça como equidade. Com efeito, a constituição da justiça como equidade também não comporta o princípio da diferença. A constituição da justiça como equidade, por meio do princípio de igual participação, concretiza o princípio da liberdade igual, mas não os princípios sobre desigualdade social e econômica, que são deixados para a legislação em geral. O princípio da liberdade igual requer o valor da liberdade igual e, dessa forma, o direito a

um mínimo social é parte da constituição da justiça como equidade. Considerando, por sua vez, o critério de vinculação entre o direito a um mínimo social e o princípio da diferença, temos a constatação da plausibilidade de o princípio da diferença sustentado pela justiça como equidade ser aceito por uma sociedade politicamente liberal e marcada pelo fato do pluralismo razoável como uma questão fundamental da razão pública, mas não a de o princípio da diferença ser um elemento constitucional essencial do liberalismo político.

Desse modo, a hipótese de trabalho testada, que se refere à possibilidade de o princípio da diferença e do direito a um mínimo social serem considerados elementos constitucionais essenciais do liberalismo político descrito pelo autor, se confirma em parte. Com efeito, o princípio da diferença, bem como o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, o princípio da poupança justa e outros princípios de justiça social e econômica não são, para o liberalismo político, elementos constitucionais essenciais, mas o direito a um mínimo social é sim um direito constitucional essencial. Disso resulta, na prática, a possibilidade de qualquer pessoa solicitar e receber do estado a remuneração correspondente ao mínimo social, observada a razoabilidade do valor estabelecido e observado o direito de imigração nos casos aplicáveis, independentemente de o direito a um mínimo social constar por escrito na constituição.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1993. ISBN 0-674-94841-6.

AKWEENDA, S. **International law and the protection of Namibia's territorial integrity: boundaries and territorial claims**. The Hague: Kluwer Law International, 1997. ISBN 90-411-0412-7.

ARISTOTLE. Politics. Translated by Benjamin Jowett. In: _____. ADLER, Mortimer J. (ed.). **Great books of the western world**. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1994. v. 8. Note: The works of Aristotle, v. II.

ARISTOTLE. **Politics**. Translated by H. Rackham. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2005. Loeb Classical Library edited by Jeffrey Henderson: Aristotle, XXI. ISBN 0-674-99291-1.

ARRHENIUS, Svante August. Nobel Prize in physics 1921: presentation speech. NOBEL LECTURES: PHYSICS 1901-1921. Amsterdam: Elsevier, 1967. Note: Albert Einstein was the Nobel Prize in Physics awarded of that year. Available at: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/physics/laureates/1921/press.html>. Access on June, 13th 2013.

ARROW, Kenneth Joseph. Some ordinalist-utilitarian notes on Rawls's theory of justice. **The journal of philosophy**, v. 70, n. 9, p. 245-263, May 10th, 1973a.

ARROW, Kenneth Joseph. Rawls's principle of just saving. **The Swedish journal of economics**, v. 75, n. 4, p. 323-335, Dec., 1973b.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação**. 3. ed. Rio de Janeiro, 2011.

AUDARD, Catherine. John Rawls e o conceito do político. In: _____. RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1207-9.

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich. **Marxismo e filosofia da linguagem: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem**. Prefácio: Roman Jakobson. Apresentação: Marina Yaguello. Tradução: Michel Lahud; Yara Frateschi

Vieira. Colaboração: Lúcia Teixeira Wisnik; Carlos Henrique D. Chagas Cruz. 8. ed. São Paulo: Hucitec, 1997. Título original: Марксизм и философия языка. (Linguagem e Cultura, 3) ISBN 85-271-0041-X.

BAUMOL, William Joseph. **Economic theory and operation analysis**. 2nd edition. New Delhi: Prentice-Hall of India Private Limited, 1970.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Liberty**: incorporating “four essays on liberty”. Edited by Henry Hardy. With an essay by Ian Harris. Oxford: Oxford Univeristy Press, 2002. ISBN 0-19-924988-1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s.n.], 2013. Texto atualizado até a emenda constitucional n. 73, de 6 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 jun. 2013.

BRASIL. **Lei complementar n.º 62**. Brasília: [s.n.], 1989. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp62.htm>. Acesso em: 29 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 875/DF**. Relator ministro Gilmar Mendes. Tribunal pleno. Julgado em 24 fev. 2010. Brasília, Diário da Justiça Eletrônico, 30 abr. 2010.

BROCK, Gillian. Is redistribution to help the needy unjust? In: _____. BROCK, Gillian. **Necessary goods**: our responsibilities to meet others’ needs. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1998. ISBN 0-8476-8819-4.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 33, 303 (numerus clausus I)**. Urteil 18. Juli 1972. Bonn, [s.n.], 1972. Stehen zur Verfügung in: <<http://www.verfassungsrecht.ch/>>. Zugriffszeit: 1. Feb. 2013.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. **Grundgesetz (GG)**. Bonn, [s.n.], 2012. Stehen zur Verfügung in: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Zugriffszeit: 29. Mai 2014.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental**. Revisão e atualização: Robert E. Lerner e Standish Meacham. Tradução Donaldson M. Garshagen. 40. ed. São

Paulo: Globo, 2000. v. 1. Título original: Western civilizations: their history and their culture. (tradução da nova edição norte-americana) ISBN 85-250-0148-1.

CALVO, Guillermo. Some notes on time inconsistency and Rawls' maximin criterion. **The review of economic studies**, [city], v. 45, n. 1, p. 97-102, Feb., 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. Título original: Il contollo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato (settima ristampa, 1978).

CLARK, George L. **Stealing our votes**: how politicians conspire to control elections and how to stop them. Pittsburgh (Pennsylvania): Dorrance, 2004. ISBN 0-8059-6485-1.

COHEN, Gerald Allan. **If you're an egalitarian, how come you're so rich?** Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2000.

COHEN, Gerald Allan. **Rescuing justice and equality**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2008. ISBN-13 978-0-674-03076-3.

COLEMAN, Patrick. **Rousseau's political imagination**: rule and representation in the "Lettre à d'Alambert". Genève: Droz, 1984. ISBN 978-2-600-03602-3.

COLLINS COBUILD ADVANCED LEARNER'S ENGLISH DICTIONARY. Glasgow: Harper Collins Publishers, 2003. ISBN 1-88466-082-6.

CONSTANT, Benjamin. **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**. Notes et postface de Louis Lourme. Couverture Olivier Olivier Fontvieille. Paris : Mille et Une Nuits, 2010 [1819]. Note : la présente édition a été établie d'après Benjamin Constant, *Œuvres politiques*, tome 2, Paris, éditions Charpentiers, 1874. ISBN 978-2-75550-570-2.

CROCKER, Lawrence. Equality, solidarity, and Rawls' maximin. **Philosophy and public affairs**, v. 6, n. 3, p. 262-266, spring, 1977.

DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu**: en la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia. Versión, nuevamente revisada, prólogo, epílogo y notas de Eugenio Imaz. México (DF), Fondo de Cultura Económica, 1949. Título original: *Einleitung in die Geisteswissenschaften: Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und Geschichte*. (Obras de Wilhelm Dilthey, I). Nota: texto original publicado em 1883.

DILTHEY, Wilhelm. [Über vergleichende Psychologie.] Beiträge zum Studium der Individualität. **Die Geistige Welt**: Einleitung in die Philosophie des Lebens: Erste Hälfte: Abhandlungen zur Grundlegung der Geisteswissenschaften. 5. Unveränderte Auflage. Stuttgart: B. G. Teubner Verlagsgesellschaft, 1968. (Gesammelte Schriften, v. Band) Hinweis: zuerst im Jahre 1895-1896 veröffentlicht.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7046-4

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. ISBN 85-02-01634-2.

DURHAM JR., W. Cole; RICHARDS, Matthew K.; THAYER, Donlu. The status of and threats to international law on freedom of religion or belief. In: HERTZKE, Allen D. (ed.). **The future of religious freedom**: global challenges. Oxford: Oxford University Press, 2013. ISBN 978-0-19-993091-3.

DWORKIN, Ronald. The concept of unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled, **Chicago law review**, v. 59, p. 381-432, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press: 1986. ISBN 0-674-51836-5.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. Note: with a new appendix, a response to critics. ISBN 0-674-86711-4.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 22. ed. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. Revisão: Rosane Scoss Nicolai; Saulo Alencastre. São Paulo: Perspectiva, 2009. Título original: *Come si fa una tesi di laurea*. (Estudos, 85) ISBN: 978-85-273-0079-7.

FEINBERG, Joel. Rawls and intuitionism. In: DANIELS, Norman (Ed.). **Critical studies on Rawls' 'a theory of justice'**. Edited with an introduction and a new preface by Norman Daniels. Stanford: Stanford University Press, 1989. ISBN 0-8047-1503-3.

FERRARI, Alfonso Trujillo. **Metodologia da pesquisa científica**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1982.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. Rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. ISBN 978-85-224-4650-6.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. ISBN 85-352-2073-9.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bologna: il Mulino, 1999. (Lessico della politica, v. 4) ISBN 978-88-15-07171-2.

FORDHAM LAW REVIEW, New York, v. 72, n. 5, p. 1381-1536, 2004. ISSN 0015-704X.

FRASER, Nancy. **Justice interruptus: critical reflections on the “postsocialist” condition**. New York: Routledge, 1997. ISBN 0-415-91795-6.

FRICK, David. Five confessions in one city: multiconfessionalism in early modern Wilno. In: SAFLEY, Thomas Max (ed.). **A companion to multiconfessionalism in the early modern world**. Leiden (The Netherlands): Koninklijke Brill, 2011. (Brill's companions to the Christian tradition, v. 28). ISBN 978-90-04-20697-7.

GADAMER, Hans-Gerog. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2002. Título original: Wahrheit und Methode. ISBN 85-326-1787-5.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução: Alonso Reis Freire. Revisão de tradução: Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Título original: Las teorías de la justicia después de Rawls. ISBN 978-85-7827-007-0.

GARNER, Richard; ROSEN, Bernard. **Moral philosophy: a systematic introduction to normative ethics and meta-ethics**. [s. l]: Macmillan, 1967.

GASSEN, Valcir. **A tributação do consumo: o princípio de origem e de destino em processos de integração econômica**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. ISBN 85-88681-21-6.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991. ISBN 85-224-0724-X.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Revisão de tradução: Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: Philosophie critique e raison juridique. (Justiça e direito) ISBN 85-336-2321-6.

GROUT, Paul. Time inconsistency and the use of the maximin principle as a criterion for just savings. **The Scandinavian journal of economics**, v. 84, n. 1, p. 121-126, 1982.

HABERMAS, Jürgen. Racional *versus* verdadeiro ou a moral das imagens de mundo. In: _____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002b. Título original: Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie. ISBN 85-15-02438-1.

HABERMAS, Jürgen. Reconciliação por meio do uso público da razão. In: _____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002a. Título original: Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie. ISBN 85-15-02438-1.

HABERMAS, Jürgen. Versöhnung durch öffentlichen Vernunftgebrauch. In: _____. **Die Einbeziehung des Anderen**: Studien zur politischen Theorie. **Erste Auflage**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997a. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1444) ISBN 978-3-518-29044-6.

HABERMAS, Jürgen. »Vernünftig« versus »wahr« – oder die Moral der Weltbilder. In: _____. **Die Einbeziehung des Anderen**: Studien zur politischen Theorie. **Zweite Auflage**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997b. ISBN 3-518-58233-X.

HAMMOND, Peter Jackson. Harsanyi's utilitarian theorem: a simpler proof and some ethical connotation. In: SELTEN, Reinhard (Ed.). **Rational interaction**: essays in honor of John C. Harsanyi. Berlin: Springer, 2010. ISBN 978-3-642-08136-1.

HARSANYI, John Charles. Cardinal utility in welfare economics and in the theory of risk-taking. **The journal of political economy**, v. 61, n. 5, p. 434-435, Oct., 1953.

HARSANYI, John Charles. Cardinal welfare, individualistic ethics, and interpersonal comparisons of utility. **The journal of political economy**, v. 63, n. 4, p. 309-321, Aug., 1955.

HARSANYI, John Charles. Can the maximin principle serve as a basis for morality? A critique of John Rawls's theory. **The American political science review**, v. 69, n. 2, p. 594-606, Jun., 1975.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Rawls on liberty and its priority. **The University of Chicago law review**, Chicago, v. 40, n. 3, p. 535-555, 1973. ISSN 0041-9494.

HAYEK, Friedrich August von. **Law, legislation, and liberty: the mirage of social justice**. Chicago: The University of Chicago Press, 1978. v. 2. ISBN 0-226-32083-9.

HAYEK, Friedrich August von. **Law, legislation and liberty: the political order of a free people**. Chicago: The University of Chicago Press, 1979. v. 3. ISBN 0-226-32090-1.

HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da liberdade**. Tradução Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: UnB; São Paulo: Visão, 1983. Título original: The constitution of liberty. (Coleção Pensamento Político, v. 56)

HAYEK, Friedrich August von. **The constitution of liberty**. Edited by Ronald Hamowy. Oxon: Routledge, 2011. ISBN 978-0-415-03530-9.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Tradução: Paulo Meneses. Colaboração: Karl-Heinz Efen. Apresentação: Henrique Vaz. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992. v. 1 e v. 2. Título original: Phänomenologie des Geistes. ISBN 85-362-0771-3.

HERMAN, Barbara. Prefácio da organizadora. RAWLS, John. **História da filosofia moral**. Tradução: Ana Aguiar Cotrim. Revisão de tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: Lectures on the history of moral philosophy. ISBN 85-336-2218-X.

HESSE, Konrad. **Die normative Kraft der Verfassung: Freiburger Antrittsvorlesung**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1959. (Recht und Staat, Heft 222) ISBN 316616991.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Título original: Die normative Kraft der Verfassung.

HESSE, Konrad. Begriff und Eigenart der Verfassung. In: HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Neudruck der 20. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999. ISBN 3-8114-7499-5.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. ISBN 84-259-0928-7.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**: or the matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil. Reprinted from the edition of 1651 with an essay by the late W. G. Pogson Smith. Oxford: Clarendon Press, 1909.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. 3. ed. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat. ISBN 85-336-2175-2.

HOLLOWAY, Charles Arthur. **Decision making under uncertainty**. Englewood Cliffs (New Jersey): Prentice-Hall Inc., 1979. ISBN 0-13-197749-0.

INSTITUT DE FRANCE. **Dictionnaire de l'Académie Française**. 6. ed. Paris : Imprimerie et Librairie de Firmin Frères, Imprimeurs de l'Institut de France, 1835. t. 2.

KALDOR, Nicholas. **An expenditure tax**. First published in 1955. Reprinted. Abingdon (England): Routledge, 2009. ISBN 0-415-48905-9.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. Título original: Rechtsphilosophie. ISBN 972-31-1063-6.

KELLY, Erwin. Editor's foreword. In: RAWLS, John. **Justice as fairness**: a restatement. Edited by Erin Kelly. Cambridge (Massachusetts): The Belknap Press of Harvard University Press, 2001. ISBN 0-674-00511-2.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Herausgegeben von Matthias Jestaedt. Mohr Siebeck, 2008. ISBN 978-3-16-149703-2.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**: mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit. 2 Auflage. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960.

KELSEN, Hans. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? **Die Justiz**, v. VI, Heft 11-12, p. 576-628, 1931.

KIRCHHEIMER, Otto. **Political justice**: the use of legal procedure for political ends. Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 1961.

KOHLBERG, Lawrence. Las seis etapas del juicio moral. **Postconvencionales**: ética, universidad, democracia, n. 5-6, p. 113-117, 2012.

KOLM, Serge-Christophe. **Modern theories of justice**. Cambridge (Massachusetts); London (England): The Massachusetts Institute of Technology Press, 1996. ISBN 0-262-11208-6.

KNIGHT, Frank Hyneman. **Risk, uncertainty and profit**. New York: Augustus M. Kelley Bookseller, 1967. (Reprints of economic classics). Note: First edition, 1921; reissue, 1933; reprint, 1948; first published in this series (reprint), 1957; second published in this series (reprint), 1967.

KYMLICKA, Will. **Contemporary political philosophy**: an introduction. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2002. ISBN-10: 0-19-878274-8.

LE PETIT ROBERT: DICTIONNAIRE ALPHABÉTIQUE ET ANALOGIQUE DE LA LANGUE FRANÇAISE. Nouvelle édition du Petit Robert de Paul Robert. Texte remanié et amplifié sous la direction de Josette Rey-Debove et Alain Rey. Paris : Le Robert, 2012. ISBN 978-2-84902-841-4.

LEININGER, Wolfgang. Rawls' maximin criterion and time-consistency: further results. **The review of economic studies**, [city], v. 52, n. 3, p. 505-513, Jul., 1985.

LIBERMAN, David. Adam Smith on justice, rights, and law. In: HAAKONSSON, Knud (ed.). **The Cambridge companion to Adam Smith**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. ISBN 0-521-77924-3.

LINDGREN, B. W. **Elements of decision theory**. New York: The Macmillan Company, 1971.

LOCKE, John. **Two treatises of civil government**. Edited by Thomas Hollis. London: A. Millar et al., 1764. Note: facsimile. Access: <http://oll.libertyfund.org/titles/222>. Date: 18th Dec, 2014.

LOIS, Cecilia Caballero (org.). **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo**. Colaboração: Roberto Basilone Leite. São Paulo: Landy, 2005. ISBN 85-7629-054-5.

LONGMAN DICTIONARY OF CONTEMPORARY ENGLISH. 4th edition. Director: Della Summers. Foreword: Randolph Quirk. Essex: Longman; Pearson, 2003. ISBN 0-582-50664-6.

LUBLIN, David. **The paradox of representation: racial gerrymandering and minority interests in Congress**. Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 1997. ISBN 0-691-01010-2.

LUCE, Robert Duncan; RAIFFA, Howard. **Games and decisions**. New York: John Wiley & Sons Inc., 1957. ISBN 0-471-55341-7.

MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (orgs.). **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. Tradução Karina Jannini. Revisão de tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: L'idea di giustizia da Platone a Rawls.

MANKIW, N. Gregory. **Principles of economics**. 7th edition. Stanford: Cengage Learning, 2014. ISBN-10: 1-285-16587-X

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN 85-224-3397-6.

MARCH, James Gardner; SIMON, Herbert A. **Organizations**. 2nd edition. Cambridge (Massachusetts): Blackwell Publishers, 1993. ISBN 0-631-18631-X.

MCDOUGALL, William. **An introduction to social psychology**. 14th edition. Mineola (New York): Dover Publications, 2003 [1908]. ISBN 978-0-

MCNAIR, Lord. **The law of treaties**. Oxford: Clarendon Press, 1961.

MEADE, James Edward. **Efficiency, equality, and the ownership of property**. London: George Allen & Unwin, 1964. SBN 04-330151-7.

MICHELMAN, Frank Isaac. The constitutional essentials of political liberalism: justice as fairness, legitimacy, and the question of judicial review: a comment. **Fordham law review**, New York, v. 72, n. 5, p. 1407-1420, 2004. ISSN 0015-704X.

MICHELMAN, Frank Isaac. Rawls on constitutionalism and constitutional law. In: FREEMAN, Samuel Richard (ed.). **The Cambridge companion to Rawls**. New York: Cambridge University Press, 2003. ISBN 0-521-65706-7.

MICHELMAN, Frank Isaac. The constitutional essentials of political liberalism: justice as fairness, legitimacy, and the question of judicial review: a comment. **Fordham law review**, New York, v. 72, n. 5, p. 1407-1420, 2004. ISSN 0015-704X.

MICHELMAN, Frank Isaac. Welfare rights in a constitutional democracy, **Washington University law quarterly**, v. 1979, n. 3, p. 659-693, summer, 1979.

MILL, John Stuart. **Principles of political economy**: with some of their application to social philosophy. Introduction by V. W. Bladen. Textual editor J. M. Robson. Toronto: University of Toronto Press; London: Routledge & Kegan Paul, 1965. Books III-V and appendices. (Collected works of John Stuart Mill, v. III)

MILLER, David Leslie. **Principles of social justice**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999. ISBN 0-674-70628-5.

MONTESQUIEU [Charles Louis de Sécondat]. **De l'esprit des lois**. Texte de 1758 : dernier état du texte revu par Montesquieu. Edition électronique établie par Laurent Versini. Paris : Gallimard, 1995.

MOORE, George Edward. **Principia ethica**. Cambridge: Cambridge University Press, 1968 [1903]. SBN 521-09114-4.

MOORE, John Bassett. **A digest of international law**. Washington: Government Printing Office, 1906. v. 5. (in eight volumes, the eight being indexical)

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **The myth of ownership**. New York: Oxford University Press, 2002. ISBN 0-19-515016-3.

MURRELL, Peter. The use of the maximin principle as a criterion for just savings. **The Scandinavian journal of economics**, [city], v. 82, n.1, p. 15-24, 1980.

MUSGRAVE, Richard Abel. Maximin, uncertainty, and the leisure trade-off. **The quarterly journal of economics**, v. 88, n. 4, p. 625-632, Nov., 1974.

MUSGRAVE, Richard Abel. **The theory of public finance**: a study in public economy. New York: McGraw-Hill, 1959.

MUSGRAVE, Richard Abel; MUSGRAVE, Peggy Boswell. **Finanças públicas**: teoria e prática. Tradução de Carlos Alberto Primo Braga. Revisão técnica de Cláudia Cunha Campos Íris e de Ibraim Íris. Rio de Janeiro: Campus, 1980. Título original: Public finance in theory and practice. ISBN 85-7001045-1.

MYRES, Sandra L. **One man, one vote**: gerrymandering vs. reapportionment. Austin (Texas): Steck-Vaughn, 1970.

NOLAN, Cathal J. **The age of wars of religion, 1000-1650**: an encyclopedia of global warfare and civilization. Westport (Connecticut): Greenwood, 2006. v. 1. ISBN 0-313-3373-0.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Tradução Vitor Guerreiro. Revisão Pedro Bernardo. Introdução de João Rosas. Lisboa: Edições 70, 2009. Título original: Anarchy, state and utopia. ISBN 978-972-44-1461-4.

NUSSBAUM, Martha Craven. Nature, function, and capability: Aristotle on political distribution. In: **Wider working papers**. Helsinki: World Institute for Development Economics Research of the United Nations University, 1987. v. 31.

NUSSBAUM, Martha Craven. **Women and human development**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. ISBN 0-521-00385-7.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. Título original: Hermeneutics. ISBN 972-44-1289-X.

PALMER, Richard E. **Hermeneutics**: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer. Evanston: Northwestern University Press, 1969.

PARETO, Vilfredo. **Manuel d'économie politique**. Traduit sur l'édition italienne par Alfred Bonet (revue par l'auteur). Paris : V. Girard & E. Brière, 1909. Titre originel : Manuale di economia politica.

PERES, José Augusto de Souza. **A elaboração do projeto de pesquisa**. João Pessoa: Editora Universitária UFPb, 1979.

PERKIN, Harold. **The third revolution**: professional elites in the modern world. London: Routledge, 1996. ISBN 0-415-14338-1.

PETSOULAS, Christina. **Hayek's liberalism and its origin**: his idea of a spontaneous order and the Scottish Enlightenment. London: Routledge, 2001. ISBN 0-415-18322-7.

PHELPS, Edmund Strother; RILEY, John Graham. Rawlsian growth: dynamic programming of capital and wealth for intergeneration "maximin" justice. **The review of economic studies**, v. 45, n. 1, p. 103-120, Feb., 1978.

PIAGET, Jean. **Le jugement moral chez l'enfant**. Paris : Presses Universitaires de France, 2000 [1932]. (Bibliothèque de Philosophie Contemporaine) ISBN 2-13-044182-3.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte Staatsrecht II**. 25. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 2009. (Schwerpunkte, Band 14/1) ISBN 978-3-8114-9709-2.

RAE, Douglas. Maximin justice and an alternative principle of general advantage. **The American political science review**, v. 69, n. 2, p. 630-647, Jun., 1975. Review: A Theory of Justice by John Rawls.

RAWLS, John. The basic structure as subject. **American philosophical quarterly**, [city], v. 14, n. 2, p. 159-165, 1977.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Original edition. Cambridge (Massachusetts): The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. Note: Printed in 2005. ISBN 0-674-01772-2.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Revised edition. Cambridge (Massachusetts): The Belknap Press of Harvard University Press, 1999a. ISBN 0-674-00078-1.

RAWLS, John. **Collected papers**. Edited by Samuel Freeman. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999c. ISBN 0-674-00569-4.

RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. Edited by Erin Kelly. Cambridge (Massachusetts): The Belknap Press of Harvard University Press, 2001. ISBN 0-674-00511-2.

RAWLS, John. **Lectures on the history of moral philosophy**. Edited by Barbara Herman. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2000c. ISBN 0-674-00442-6.

RAWLS, John. **Lectures on the history of political philosophy**. Edited by Samuel Freeman. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2007. ISBN 978-0-674-03063-3.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000b. Título original: Political liberalism. Nota: tradução da primeira edição de 1993. ISBN 85-08-07394-1.

RAWLS, John. The idea of an overlapping consensus, **Oxford journal of legal studies**, v. 7, n. 1, p. 1-25, spring, 1987.

RAWLS, John. Justice as fairness: political, not metaphysical, **Philosophy and public affairs**, v. 14, n. 3, p. 223-251, summer, 1985.

RAWLS, John. The independence of moral theory, **Proceedings and addresses of the American philosophical association**, v. 48, p. 5-22, 1975b.

RAWLS, John. **Political liberalism**: expanded edition. New York: Columbia University Press, 2005. (Columbia classics in philosophy) ISBN 0-231-13089-9

RAWLS, John. Some reasons for the maximin criterion, **The American economic review**, v. 64, n. 2, p. 141-146, 1974a. Note: Papers and proceedings of the eighty-sixth annual meeting of the American economic association.

RAWLS, John. Justice as fairness. **The journal of philosophy**, v. 54, n. 22, p. 653-622, Oct. 24, 1957. Note: American Philosophical Association Eastern Division: symposium papers to be presented at the fifty-fourth annual meeting.

RAWLS, John. Reply to Habermas, **The journal of philosophy**, v. 92, n. 3, p. 132-180, (March) 1995.

RAWLS, John. **The law of peoples**: with “The idea of public reason revisited”. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999b. ISBN 0-674-00079-X.

RAWLS, John. The idea of public reason revisited. In: _____. RAWLS, John. **The law of peoples**: with “The idea of public reason revisited”. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999c. ISBN 0-674-00079-X.

RAWLS, John. Justice as fairness. **The philosophical review**, [city], v. 67, n. 2, p. 164-194, Apr., 1958.

RAWLS, John. Fairness to goodness, **The philosophical review**, v. 84, n. 4, p. 536-554, 1975a.

RAWLS, John. Reply to Alexander and Musgrave, **The quarterly journal of economics**, v. 88, n. 4, p. 633-655, 1974b.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000a. Nota: primeira edição desta tradução publicada em 1997. (Justiça e direito) Título original: A theory of justice. ISBN 85-336-0681-8.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981. Nota: primeira edição desta tradução publicada em 1976. Título original: A theory of justice. (Coleção Pensamento Político, n. 50)

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Nota: primeira edição desta tradução publicada em 2008. Título original: A theory of justice. ISBN 85-336-0681-8.

RIDGE, Michael. Moral non-naturalism. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford: [s.n.], 2014. Access: <<http://plato.stanford.edu/entries/moral-non-naturalism/#Int>>. Access: Set. 23rd, 2014.

ROBBERS, Gehard. **Religion and law in Germany**. Alphen aan den Rijn (The Netherlands): Kluwer Law International, 2010. ISBN 978-90-411-3352-6.

RODRIGUEZ, Alvaro. Rawls' maximin criterion and time consistency: a generalization. **The review of economic studies**, v. 48, n. 4, p. 599-605, Oct., 1981.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004. ISBN 85-88681-26-9.

ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. New York: Routledge, 2010. ISBN 0-415-94974-2.

ROTHSCHILD, Emma; SEN, Amartya. Adam Smith's economics. In: HAAKONSSSEN, Knud (ed.). **The Cambridge companion to Adam Smith**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. ISBN 0-521-77924-3.

ROUANET, Luiz Paulo. Rawls e o enigma da justiça. São Paulo: Unimarco, 2002. ISBN 85-86022-43-8.

SAGER, Laurence Gene. The why of the constitutional essentials. **Fordham law review**, New York, v. 72, n. 5, p. 1421-1433, 2004. ISSN 0015-704X.

SAMPAIO, Paulo Soares. **O mínimo existencial: conceito e aspectos jurídicos**. Brasília: [s. n.], 2013. Nota: artigo acadêmico apresentado à disciplina "Direitos Fundamentais", ministrada pelo Prof. Gilmar Ferreira Mendes no Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito, Estado e Constituição da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília no semestre 2013.2.

SANTAYANA, George. **Reason in society**. New York: Charles Scribner's Sons, 1905. (The life of reason or the phases of human progress, v. 2)

SCANLON, Tomas Michael. Foreword. In: RAWLS, John. **A theory of justice**. Original edition. Cambridge (Massachusetts): The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. Note: Reprinted in 2005. ISBN 0-674-01772-2.

SCHEFFLER, Paul. Moral independence and the original position. **Philosophical studies: an international journal for philosophy in the analytical tradition**, v. 35, n. 4, p. 397-403, 1979.

SEN, Amartya Kumar. **The idea of justice**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2009.

SEN, Amartya Kumar. Equality of what? In: McMURRIN, Sterling M. (Ed.). **The Tanner lectures on human values**. Salt Lake City: University of Utah Press; Cambridge: Cambridge University Press, 1980 [1979]. (The Tanner lectures on human values, v. 1) ISBN 0-87480-178-8 (Utah). ISBN 0-521-23672X (Cambridge).

SEN, Amartya Kumar. **Commodities and capabilities**. Amsterdam: North-Holland, 1985. (Professor Dr. P. Hennipman Lectures in Economics: theory, institutions, policy, v. 7) ISBN 0-444-87730-4.

SEN, Amartya Kumar. Development as capability expansion, **Journal of development planning**, v. 19, p. 41-59, 1989.

SEN, Amartya Kumar. **Development as freedom**. New York: Alfred A. Knopf, 1999. ISBN 0-375-40619-0.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 1. Reserva do possível. ISBN 978-857525-534-6.

SIGDWICK, Henry. **The methods of ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. ISBN 978-1-108-04036-5.

SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments**. Edited by Knut Haakonssen. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. ISBN 0-521-59847-8.

STEPHENSON, Karen. **Executive imperialism: the myth of noblesse oblige**. Los Angeles: Institute of Industrial Relations, University of California, 1991.

THE SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY: ON THE HISTORICAL PRINCIPLES. Prepared by William Little, H. W. Fowler, and J. Coulson. Revised and edited by C. T. Onions. 3rd edition. Revised with addenda. Oxford: Clarendon Press, 1959a. v. I: a-m.

THE SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY: ON THE HISTORICAL PRINCIPLES. Prepared by William Little, H. W. Fowler, and J. Coulson. Revised and edited by C. T. Onions. 3rd edition. Revised with addenda. Oxford: Clarendon Press, 1959b. v. II: n-z.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. ISBN 978-85-7147-714-8.

TREANOR, Michael William. Introduction: Rawls and the law. **Fordham law review**, New York, v. 72, n. 5, p. 1385-1386, 2004. ISSN 0015-704X.

VARIAN, Hal Ronald. **Microeconomia**: princípios básicos, uma abordagem moderna. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro e de Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. Título original: Intermediate microeconomics: a modern approach; seventh edition. ISBN 85-325-1670-7.

VIEIRA, Sônia. **Como escrever uma tese**. Ilustrações de Márcio Vieira Hoffmann. 5. ed. rev. ampl. 1. reimpr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. ISBN 85-221-0139-6.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e revisão de tradução Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: Spheres of justice. ISBN 85-336-1911-1.

WARMBRUNN, Paul. **Zwei Konfessionen in einer Stadt**: das Zusammenleben von Katholiken und Protestanten in den paritätischen Reichsstädten Augsburg, Ravensburg und Dinkelsbühl von 1548 bis 1648. Wiesbaden: F. Steiner, 1983. ISBN 3-515-03782-9.

WEITHMAN, Paul J. Waldron on political legitimacy and the social minimum. **The philosophical quarterly**, v. 45, n. 179, p. 218-224, April, 1995.

WEITHMAN, Paul J. **Why political liberalism?** On John Rawls's political turn. Oxford: Oxford University Press, 2010. ISBN 978-0-19-539303-3.

WICKSELL, Knut. **Finanztheoretische Untersuchungen nebst Darstellung und Kritik des Steuerwesens Schwedens**. Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1896.

WHITE, Stuart. Social Minimum. In: _____. Edward N. Zalta (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford, [s.n.], 2008. Access: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/social-minimum>> in June 27th, 2014.

YOUNG, Iris Marion. Taking the basic structure seriously. **Perspectives on politics**, v. 4, n. 1, p. 91-97, Mar., 2006.