

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE EDUCAÇÃO E HUMANIDADES
CURSO DE DOUTORADO EM FILOSOFIA**

LUIS MAIA

**DIREITO, LIBERDADE E NORMATIVIDADE: A CRÍTICA AO
POSITIVISMO JURÍDICO NO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS**

**CURITIBA,
Dezembro de 2024.**

LUIS MAIA

**DIREITO, LIBERDADE E NORMATIVIDADE: A CRÍTICA AO
POSITIVISMO JURÍDICO NO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Doutor em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Léo Peruzzo Júnior.

**CURITIBA,
Dezembro de 2024.**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB 9 / 1636

Maia, Luis
M152d Direito, liberdade e normatividade : a crítica ao positivismo jurídico no
2024 pensamento de John Rawls / Luis Maia ; orientador: Léo Peruzzo Júnior. --
2024
141 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba,
2024
Bibliografia: f. 134-141

1. Filosofia. 2. Direito – Filosofia. 3. Justiça (Filosofia). 4. Positivismo jurídico.
Equidade (Direito). I. Peruzzo Júnior, Léo. II. Pontifícia Universidade Católica do
Paraná. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III. Título

CDD 20. ed. – 100

**ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE EXAME DE TESE N.º 84
DEFESA PÚBLICA DE TESE DE DOUTORADO DE**

Luis Maia

Aos cinco dias do mês de dezembro de dois mil e vinte e quatro, às vinte horas, reuniu-se por videoconferência a Banca Examinadora constituída pelos professores: Prof. Dr. Léo Peruzzo Júnior, Prof. Dr. Bortolo Valle, Prof. Dr. Valdir Borges, Prof. Dr. Leandro Sousa Costa e Prof. Dr. Neuro José Zambam, para examinar a Tese do doutorando do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Luis Maia, ano de ingresso 2020, intitulada: DIREITO, LIBERDADE E NORMATIVIDADE: A CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO NO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS. Após apresentação e defesa da Tese, o doutorando foi APROVADO pela Banca Examinadora. Proclamados os resultados, o Presidente da banca CONCEDE ao candidato o título de Doutor em Filosofia. A sessão encerrou-se às 22h27min. Os avaliadores participaram da defesa de forma online e estão de acordo com os termos acima descritos. Para constar, lavrou-se a presente ata, que vai assinada pelo presidente da banca e pela coordenação do

Presidente:

Prof. Dr. Léo Peruzzo Júnior (PUCPR)

Documento assinado digitalmente
LEO PERUZZO JUNIOR
Data: 12/02/2025 14:57:38-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Convidado Interno:

Prof. Dr. Bortolo Valle (PUCPR)

Participação por video conferência

Convidado Externo:

Prof. Dr. Valdir Borges (PUCPR)

Participação por video conferência

Convidado Externo:

Prof. Dr. Leandro Sousa Costa (UNESPAR)

Participação por video conferência

Convidado Externo:

Prof. Dr. Neuro José Zambam (ATITUS)

Participação por video conferência


Prof. Dr. Federico Ferraguto
Coordenador do Programa de
Pós-Graduação em Filosofia – *Stricto Sensu*



RESUMO

A tese proposta se concentra na filosofia política de John Rawls, especialmente como apresentada em sua obra *Uma Teoria da Justiça*. Ela se destaca como a defensora do primado da justiça contra a influência do utilitarismo nas sociedades anglo-saxônicas, cuja prevalência no senso comum dos meios políticos e econômicos tem sido marcante, representando uma das contribuições mais significativas à Filosofia Moral e Política desde John Stuart Mill. As ideias de Rawls desafiam e reinterpretam os fundamentos do positivismo jurídico. Para tanto, mostramos como Rawls argumenta que a justiça não pode ser divorciada de considerações morais e políticas mais amplas, estabelecendo um arcabouço teórico que equilibra os pilares da igualdade e da liberdade. Assim, primeiramente, reconstruímos a posição de Rawls sobre o *princípio da justiça* como equidade, no qual as desigualdades sociais devem beneficiar os menos favorecidos, garantindo oportunidades básicas iguais para todos os membros da sociedade. É justamente sobre essa posição que sustentamos que a obra de Rawls, ao articular a relação entre direito, moral e política, constitui uma crítica às múltiplas faces do positivismo jurídico e, conseqüentemente, à ideia de que o Direito não possa se basear no estado contratual como fundamento para a realização do equilíbrio da justiça. Para isso, a presente pesquisa é estruturada em quatro partes: o primeiro aborda a supremacia do direito, da liberdade e da normatividade, destacando como Rawls utiliza o direito como instrumento para promover a justiça e a liberdade em uma sociedade democrática; o segundo explora a definição de justiça de Rawls e sua aplicabilidade em sociedades contemporâneas democráticas; o terceiro, por sua vez, confronta as posições de Rawls com as de autores contemporâneos como Hart, Perelman, Habermas e Dworkin, destacando as possíveis respostas do primeiro à defesa de sua *teoria da justiça*; e, por fim, a última parte, mostramos como a posição de Rawls constitui uma alternativa ao entendimento restrito do direito como mera vontade do legislador. Em síntese, a tese procura mostrar como a filosofia política de Rawls oferece uma visão alternativa ao conceito de justiça constituindo, portanto, um desafio às premissas do positivismo jurídico.

Palavras-chave: Justiça; Direito; Positivismo Jurídico; Equidade.

ABSTRACT

The proposed thesis focuses on the political philosophy of John Rawls, particularly as presented in his work *A Theory of Justice*. It stands out as the defender of the primacy of justice against the influence of utilitarianism in Anglo-Saxon societies, where its prevalence in the common sense of political and economic circles has been prominent, representing one of the most significant contributions to Moral and Political Philosophy since John Stuart Mill. Rawls' ideas challenge and reinterpret the foundations of legal positivism. To do so, we demonstrate how Rawls argues that justice cannot be divorced from broader moral and political considerations, establishing a theoretical framework that balances the pillars of equality and liberty. Thus, firstly, we reconstruct Rawls' position on the principle of justice as fairness, in which social inequalities must benefit the least advantaged, ensuring equal basic opportunities for all members of society. It is precisely on this position that we argue Rawls' work, by articulating the relationship between law, morality, and politics, constitutes a critique of the multiple facets of legal positivism and, consequently, of the idea that law cannot be based on the contractual state as a foundation for achieving justice equilibrium. For this purpose, the research is structured into four chapters: the first addresses the supremacy of law, liberty, and normativity, highlighting how Rawls uses law as a tool to promote justice and liberty in a democratic society; the second explores Rawls' definition of justice and its applicability in contemporary democratic societies; the third, in turn, confronts Rawls' positions with those of contemporary authors such as Hart, Perelman, Habermas and Dworkin, highlighting the possible responses of the former to the defense of his theory of justice; and, finally, in the fourth chapter, we show how Rawls' position constitutes an alternative to the narrow understanding of law as mere legislative will. In summary, the thesis seeks to demonstrate how Rawls' political philosophy offers an alternative vision of justice, thus challenging the premises of legal positivism.

Key-words: Justice; Law; Legal Positivism; Fairness; Rawls.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
 I. A SUPREMACIA DO DIREITO, DA LIBERDADE E DA NORMATIVIDADE EM RAWLS	 16
1.1. Rawls e a hegemonia do direito	16
1.2. Rawls e o primado de liberdade	22
1.3. Rawls e a primazia da norma	30
 II. RAWLS E A PERSPETIVA DA JUSTIÇA CONTEMPORÂNEA	 34
2.1. O conceito de justiça e problema de seus fundamentos	35
2.2. A cartografia da teoria da justiça	44
2.3. O panorama da justiça de Rawls	47
2.3.1. A topografia da posição original	49
2.3.2. O conhecimento inicial da estrutura básica	52
2.3.3. Os princípios da justiça	56
2.4. A defesa e a resposta de Rawls à crítica da teoria de justiça	59
2.4.1. A comutação do conceito do primeiro princípio da justiça	62
2.4.2. A pessoa e a liberdade básica	64
 III. O DEBATE ENTRE RAWLS E OS AUTORES CONTEMPORÂNEOS..	 67
3.1. Rawls e Hart em Debate	67
3.2. Rawls e Perelman: o problema da justiça	87
3.3. Rawls e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos	93
3.3.1. O positivismo jurídico e o direito em Dworkin	94
3.3.2. Rawls em vista de Dworkin	95
3.4. Rawls e Habermas: Um debate sobre o liberalismo político	97
3.4.1. As críticas de Habermas à posição original	99
3.4.2. A crítica ao Consenso sobreposto (<i>Overlamping</i>)	101
3.4.3. A crítica à supremacia da liberdade	104
3.4.4. As respostas de Rawls às objeções de Habermas	107

IV. RAWLS E A TEORIA DE JUSTIÇA COMO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA	110
4.1. A teoria da justiça como um vértice do pós-positivismo jurídico	113
4.2. Pressupostos mínimos para a construção de um ordenamento jurídico: liberdade, igualdade e democracia	117
4.3. Revisitando o neocontratualismo de Rawls como fenômeno social.....	122
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 127
 Referências	 136

SIGLAS E ABREVIATURAS

Das obras originais (Inglês) de
John Rawls

- CP : *Collected Papers*. Cambridge, Harvard University Press, 1999, [ed. S. Freeman).
- TJ : *Theory of Justice*. Oxford, Oxford University Press, 1971.
- TJ, RE : *Theory of Justice, Revised Edition*. Harvard University Press, USA, 1999.
- JFR : *Justice as Fairness, a Restatement*. London, England, 2001 [Ed. Erin Kelly].
- LP : *Law of Peoples*. Cambridge, Harvard University Press, USA, 1999.
- LHPP : *Lecturer on the History of Political Philosophy*. Harvard University Press, USA, 2000.
- LODFP : Legal Obligation and the Duty of Fair Play. In: RAWLS, J., (Samuel Freeman, Org), *Collected Papers*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- PL : *Political Liberalism*. Columbia University Press, New York, 1996.

INTRODUÇÃO

Pensar a ideia de justiça no âmbito do liberalismo político de John Rawls, de forma mais ampla e profunda, na sociedade democrática contemporânea, envolve a busca por um bem comum para todos os cidadãos, que desfrutam da liberdade e da virtude social da justiça. Parte-se da ideia de sociedade como um ser e um sistema de cooperação, onde há espaço para conflitos entre indivíduos livres e iguais ao longo da história da humanidade. John Rawls, em sua obra seminal *Uma Teoria da Justiça*, compromete-se com o princípio de justiça como equidade, manifestando o desejo de, por um lado, superar as graves deficiências e dilemas sociais da atualidade, em particular as desigualdade e, por outro lado, oferecer uma abordagem inovadora, profunda e crítica à questão da justiça, propondo um arcabouço teórico que busca equilibrar igualdade e liberdade na sociedade.

O fio condutor da obra de Rawls é a ideia de justiça interligada à preservação de direitos individuais. Deste modo, o esboço teórico que o autor desenvolve na primeira obra consiste em afirmar o primado deontológico da justiça contra a influência do utilitarismo nas sociedades contemporâneas dos países anglo-saxônicos e, sobretudo, no senso comum predominante dos meios políticos e econômicos. Para Rawls, os princípios da justiça são a primeira virtude de uma sociedade bem ordenada e os direitos individuais que esses princípios requerem não são negociáveis em função de bem-estar da sociedade.

De maneira geral, o pensamento de Rawls baseia-se na ideia de que as desigualdades sociais podem ser justificadas, desde que beneficiem os menos favorecidos. Para ele, uma sociedade justa é, essencialmente, uma comunidade política onde prevalecem a cooperação, o senso de justiça e as virtudes da cidadania. Essa sociedade deve garantir oportunidades básicas iguais para todos, incluindo a distribuição justa de recursos, direitos e deveres. Desigualdades só seriam aceitáveis se compensadas pelo Princípio da Diferença, que assegura que qualquer desigualdade contribua para melhorar as condições dos mais desfavorecidos, garantindo a todos iguais oportunidades. Por isso, ele propõe um princípio de justiça como equidade, que estabelece que as desigualdades sociais devem ser estruturadas de forma a beneficiar os menos favorecidos.

Segundo Rawls, então, uma sociedade justa é aquela em que as desigualdades econômicas e sociais são minimizadas e a distância social e econômicas entre as

pessoas são reduzidas. Assim, as situações dos mais desfavorecidos seriam melhorados e os indivíduos têm acesso a uma rede de proteção social que garanta seu bem-estar básico. Obviamente, essa argumentação implica, portanto, o Estado como ator da organização social e, conseqüentemente, da própria arquitetura de funcionamento do sistema jurídico.

O trabalho de Rawls, assim, também procura defender a importância dos direitos individuais e da liberdade política. Segundo ele, uma sociedade justa deve proteger as liberdades básicas dos indivíduos, garantindo seu direito à liberdade de expressão, liberdade religiosa e liberdade de associação. No entanto, essas liberdades poderiam ser limitadas quando entram em conflito com o princípio da igualdade ou quando são usadas para perpetuar a opressão ou a desigualdade. Temos, aqui, a ideia de que a justiça precisa ser a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade é o primeiro valor dos sistemas de pensamento.

Neste sentido, a tese desse trabalho procura sustentar que a posição teórica de Rawls, especificamente aquelas relativas às liberdades básicas e à hermenêutica dos princípios da justiça, permite uma abordagem consistente para analisar e avaliar as questões de justiça social, uma questão ignorada pelo positivismo jurídico (Kelsen, Hart, Dworkin, entre outros). Assim, se as liberdades básicas devem ser protegidas e garantidas para todos os indivíduos, desde que não violem os princípios de igualdade e justiça, podemos estabelecer uma base sólida para promover uma sociedade mais justa e equitativa. Em outras palavras, enquanto o positivismo jurídico se concentra na validade das normas jurídicas e na autoridade do sistema legal, a posição de Rawls destaca, como mostramos, a importância de fundamentar as leis em princípios de justiça que busquem promover a igualdade e proteger as liberdades básicas¹.

¹ Em nosso entender, as instituições que compõem a estrutura básica são “a constituição política, os tribunais, as formas reconhecidas de propriedade, a natureza família e os princípios arranjos econômicos, o sistema de saúde, o sistema de educação, entre as quais nota-se que tanto o direito de se expressar como a ação livres protegidas pela lei são previamente resguardados pelo Estado conforme o pacto constitucional (Cfr. LIMA, 2019, p. 49). Para Rawls a missão do Estado, ao preservar o contrato original, passa a ser um liberalismo político que defende a tolerância com crenças religiosas diversas da Católica, (RAWLS, 2000, p. xxvi). O Estado ou os Estados membros exercem suas funções para garantir a igualdade e as liberdades através das instituições públicas, tal como instituições nacionais de defesa dos direitos humanos, Organismos responsáveis pela defesa da igualdade e instituições de provedoria. Todas elas foram criados por legislação ou instrumentos legais para, por um lado, exercer funções de proteger e promover a política da igualdade de tratamento em razão da origem racial ou étnica e gênero ou sexo, e por outro lado, proteger e promover os direitos humanos a nível nacional em conformidade com as normas e padrões internacionais em matéria direitos humanos, e a provedoria, também exerce função de controlo independente e facilmente acessíveis da administração pública nacional e monitorizar a aplicação de certas normas em matéria de direitos humanos, em particular, o direito a boa administração.

Para tanto, mostramos também que o filósofo norte-americano pretende cumprir o seu compromisso liberal de que a igualdade de oportunidades, um tema de divergência nas sociedades e instituições democráticas contemporâneas, pode ser alcançada através de mecanismos como a justiça distributiva e a prioridade dos menos favorecidos da sociedade. Os arranjos institucionais nas democracias devem estar voltados para a redução das desigualdades concretas, em benefício dos menos favorecidos. Neste sentido, é fundamental destacar que Rawls é um defensor da humanidade e da consciência moral, que permite ao ser humano experimentar a justiça em sua plenitude. Sua teoria da justiça distributiva, de caráter social, fundamenta-se em princípios normativos. Nesse contexto, emerge a primazia da teoria da justiça como equidade, que, por um lado, exige a igualdade na atribuição de liberdades básicas (Princípio da Liberdade Igual) e, por outro, sustenta que as desigualdades econômicas e sociais só são justificáveis se resultarem em benefícios para todos, especialmente para os menos favorecidos (Princípio da Diferença).

Nesse aspecto, segundo Rawls, é necessário superar as desigualdades inerentes às circunstâncias de nascimento, como talento natural e posição social. Rawls enfatiza que em qualquer comunidade os talentos individuais são arbitrários e resultam de uma “loteria natural” da vida, que faz com que alguns sejam mais afortunados e capazes que outros, atribuindo-lhes vantagens desiguais se os arranjos institucionais ensejam uma competição social baseada apenas no mérito de cada um. Em contrapartida, autores como Michael Sandel², por exemplo, rejeitam o mérito ou merecimento como base de justiça de uma sociedade democrática.

A sociedade livre e justa torna-se a tese fundamental da doutrina de justiça de Rawls. Segundo ele, “a natureza essencial da concepção de justiça está em agrupar-se numa sociedade livre e justa” (RAWLS, 1971, p. 29). Consideramos aqui, por um lado,

O Ministério da Justiça, é uma entidade pertencente e responsável pela regulação da mediação pública e mediador da justiça. Disponível em: (<https://www.e-justice.europa.eu/117/PTmediators?PORTUGAL&members=1>), acesso a 12 de junho de 2024.

² Referindo-se a teoria da justiça, Sandel ressalta: “Se pessoas competissem em um campo verdadeiramente nivelado, os vencedores seriam aqueles dotados dos melhores talentos. Mas diferenças de talento são tão moralmente arbitrárias quanto são as diferenças de classe. E, assim, Sandel esclarece a posição igualitária de Rawls: “Em vez de prejudicar o talento, Rawls faria com que vencedores e vencedoras compartilhassem a vitória com as pessoas menos afortunadas do que eles e elas. Não faça os melhores corredores calçarem tênis de chumbo; permita que corram em velocidade máxima. No entanto, reconheça com antecedência que as vitórias não pertencem somente a essas pessoas. Incentive quem tem talento a cultivar e exercitar seus talentos, mas compreendendo que as recompensas colhidas por esses talentos no mercado deveriam ser compartilhadas com a comunidade inteira” (SANDEL, 2020, p. 188).

a sociedade livre e justa como condições justas sob as quais os representantes dos cidadãos, vistos apenas como pessoas livres e iguais, devem concordar com os termos justos da cooperação social entre cidadãos iguais pelos quais a estrutura básica deve ser regulamentada e, por outro lado, apresenta uma condição restritiva com aclamação aceitável sobre as razões com base nas quais as partes, como representantes dos cidadãos, nas condições justas, podem dar a conhecer adequadamente certos princípios de justiça.

Por essa razão, entendemos que a posição original³ é “um dispositivo de representação” (RAWLS, 2001, p. 85), pois proporciona uma maneira de simular as condições ideais de tomada de decisão de forma mais imparcial e mais equitativa em uma sociedade justa. Assim, a construção de sociedades mais justas, com igualdade de oportunidades, deve ser compreendida à luz dos fundamentos da Teoria da Justiça de Rawls, pois seu segundo princípio, por exemplo, estabelece que, em democracias constitucionais, as políticas públicas devem, prioritariamente, focar nas pessoas economicamente menos favorecidas, com o objetivo de compensar as desigualdades e maximizar suas oportunidades (RAWLS, 1999, p. 65). É por isso que as desigualdades sociais e econômicas só são justificáveis se forem compensadas de forma que resultem em benefícios para todos.

A posição original, portanto, é um conceito-chave na teoria de Rawls, uma vez que ele descreve uma situação imaginária na qual os indivíduos estão reunidos para estabelecer princípios fundamentais de justiça que regerão a sociedade. Ao se referir à posição original como um “dispositivo de representação”, Rawls está destacando que essa construção teórica permite que os indivíduos considerem a justiça de forma imparcial, desconsiderando suas circunstâncias pessoais, como talentos, posição social ou riqueza.

Para que a proposta seja efetivada, várias restrições formais do conceito de direito são modeladas na posição original, exigindo que as partes avaliem as regras e os princípios de justiça de um ponto de vista geral adequado. Por isso, somente são

³ The idea of the original position is proposed, then, as the answer to the question of how to extend the idea of a fair agreement to an agreement on principles of political justice for the basic structure. That position is set up as a situation that is fair to the parties as free and equal, and as properly informed and rational, (RAWLS, 2001, p. 16). [Also] The original position is a device of representation – should be understood in two models: first what we regard (here and now) as fair conditions for the terms of social cooperation to be agreed to (reflected in the symmetry of the parties’ situation); and second, what we regard as reasonable restrictions on reasons that may be used in arguing for principles of justice to regulate the basic structure, (RAWLS, 2001, p. 85).

razoáveis as regras e os princípios que possam permitir a distribuição de bens e direitos para dispor de uma sociedade justa. A ideia de justiça expressa uma noção política de contrato social que reflete uma ampla compreensão liberal dos princípios básicos. Nesse sentido, os critérios que preservam essa noção política estão fundamentados nas "liberdades e direitos básicos dos cidadãos como pessoas livres e iguais, elevando a uma posição de importância primordial a consideração das instituições democráticas" (RAWLS, 2000, p. xiv). O contrato social é um espaço e um encontro do conhecimento sobre o comprometimento entre as partes, empregnados por princípios gerais e universais, nas instituições básicas, nas organizações representativas e na estrutura de justiça. Os princípios são "gerais quando é possível enunciá-los sem o uso de nomes próprios ou descrições definidas manipuladas" (RAWLS, 2001, p. 86) e são universais quando possam ser "aplicadas sem inconsistência [...] a todos os agentes morais e [...] a todos os cidadãos da sociedade em questão" (Idem).

Rawls busca solucionar a situação social inserindo os indivíduos em uma nova realidade chamada de posição original (*original position*), na qual ocorre uma política imparcial. Essa condição é aplicada tanto às concepções políticas quanto à estrutura básica da sociedade. No que diz respeito às noções políticas, a condição de publicidade parece ser apropriada. Isso significa que ao avaliar os princípios, "as partes na posição original devem levar em consideração as consequências, sociais e psicológicas, do reconhecimento público pelos cidadãos de que esses princípios são reconhecidos e que efetivamente regulam a estrutura básica" (Idem). Por isso, do ponto de vista filosófico, esses aspectos são fundamentais para o desenvolvimento das concepções de justiça: os princípios da justiça são estabelecidos para sustentar e dignificar todas as pessoas, de acordo com regras imparciais, justas e universais, a fim de superar a situação do véu da ignorância.

Neste sentido, esta tese propõe, portanto, que a filosofia política de John Rawls realiza uma desobstrução dos problemas oriundos do positivismo jurídico – particularmente a exclusão de uma ideia moral de justiça – defendendo que a concepção de Direito, segundo nosso autor, trata o estado contratual como fundamento para efetivação do equilíbrio da justiça. Por sua vez, o interesse desse trabalho, passa a ser desenvolvido em duas vias: a primeira, alinhado à filosofia política contemporânea e ao tratamento dispensando por essa à noção de contrato; a segunda, a partir de uma releitura do papel conferido pela filosofia do direito à noção de legalidade e normatividade.

A questão fundamental dessa tese, portanto, pauta-se da seguinte forma: De que modo pode-se compreender que o arranjo político de Rawls, em sua *Teoria da Justiça*, sustenta, por um lado, uma crítica ao positivismo jurídico e, por outro, revitaliza o conceito de justiça como um princípio ético e político fundamental para a distribuição equitativa de direitos e oportunidades na sociedade? A crítica de Rawls ao positivismo jurídico, como pretendemos mostrar, está relacionada à sua ênfase na dimensão ética e política do direito. Para ele, então, a justiça não pode ser separada de considerações morais e políticas mais amplas, uma vez que o direito não é meramente uma questão de regras formais e técnicas.

O modelo de contrato social de Rawls apresenta-se como uma alternativa ao positivismo jurídico utilitarista, oferecendo uma abordagem voltada para a estabilidade política, tolerância, participação cidadã, acordos, funcionamento das instituições, razão pública, paz, relações internacionais e o enfrentamento das desigualdades. Esses temas são prioridades no pensamento do filósofo norte-americano, que busca responder à necessidade de maior justiça social. Um ordenamento social seguro pressupõe a capacidade de assegurar estabilidade política dentro das sociedades, tarefa que se exerce em níveis político, jurídico e institucional. Rawls propõe o liberalismo político como uma concepção pública de justiça, capaz de acomodar uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis.

Rawls, naturalmente, não é apenas um filósofo contemporâneo, mas um reconciliador da justiça e das distintas interpretações dos princípios da justiça. Por isso, suas ideias abrem espaço para uma “noção filosófica de constituição democrática” (RAWLS, 1999[a], p. xi). Nesse sentido, sua visão é “institucionalista e puramente processual” (ROSAS, 2008, p. 37), além de compromisso liberal que está fundado em uma estrutura básica da sociedade.

A justiça consiste, então, na “existência de uma estrutura básica, ordenada segundo os princípios selecionados na posição original, sendo ela aplicada na estrutura básica da sociedade” (ROSAS, 2008, p. 56). Note-se que a estrutura básica é “um conjunto integrado de regras, ou seja, de leis” (Ibidem). Assim, a justiça funciona no desenho das regras institucionais da estrutura básica, correspondente aos princípios da justiça. Nas palavras de Rawls (1971, p. 27), “a igualdade de liberdade e direitos entre os cidadãos é considerada garantida pela justiça”.

Assim, para o desenvolvimento de nossa tese, faremos uma abordagem de investigação estruturada em quatro capítulos, os quais traduzem o percurso desta

investigação a partir da proposta que o trabalho de Rawls serve para desconstruir a autoridade do positivismo jurídico, especialmente por mostrar uma conexão necessária entre o direito e a moral.

No primeiro capítulo, *A Supremacia do Direito, da Liberdade e da Normatividade em Rawls*, procuramos mostrar como Rawls movimenta a noção de justiça a partir de um confronto entre o problema da liberdade e a institucionalização das normas. Para isso, na primeira parte, pretendemos discutir a maneira como Rawls compreende a própria teoria da justiça para, na sequência, argumentar sobre a dificuldade de se chegar a uma aceção amplamente aceita. Segundo Rawls, então, o direito é meramente “um projeto filosófico-político (LIMA, 2019, p. 75), que visa estabelecer as condições normativas de proteção à tolerância entre os povos. Neste sentido, sustentamos que o filósofo pensa o sentido do direito como um instrumento para promover a justiça e a liberdade dentro de uma sociedade democrática.

A justiça torna-se o tema central da teoria de Rawls e a formulação dos princípios da justiça estão estruturados numa cultura democrática. No entanto, a nossa sociedade não chega a um consenso sobre o modo mais adequado de entender a liberdade, a igualdade e o equilíbrio entre elas. Por isso, no Estado Democrático de Direito, os direitos e as liberdades fundamentais não podem ser sacrificadas em nome de interesses econômicos e sociais. Na sequência, procuramos entender a formulação das ideias do filósofo norte-americano referente à liberdade: na sua teoria política, o sonho da liberdade vê-se como o conjunto de direitos reconhecidos ao indivíduo⁴. Portanto, a proeminência da liberdade é vista como liberdade igualitária. É assim que Rawls considera que o seu pensamento é um “clamor de autodefesa para os princípios da liberdade e da igualdade” (RAWLS, 2001, p. 2).

A partir da terceira parte, pretendemos propor uma leitura sobre a forma como Rawls profere a própria norma como base de justificação de princípios da justiça num sistema de cooperação entre os indivíduos livres e iguais, quer em termos de direitos e liberdades, quer ainda em motivo econômico e social. Como mostramos, Rawls pretende construir imparcialmente os avanços normativos na própria ação. É por isso que o filósofo liberal intitulou o “pluralismo existente na cultura pública [de

⁴ Rawls afirma que “in his original argument for the stability of justice as fairness that “everyone in a well-ordered society of justice as fairness will accept the same comprehensive moral view to support their convictions of justice” (RAWLS, 1999[b], p. xi).

democracias constitucionais” (RAWLS, 1996, p. 158). Em outras palavras, a norma vê-se como “a base legal dos bens sociais primários” (RAWLS, 2000[b], p. 98).

No segundo capítulo, pretendemos apresentar a forma como Rawls define a justiça e a sua aplicabilidade em uma sociedade contemporânea caracterizada pela sua dimensão democrática. Para tal, o desenvolvimento desta questão está dividida em quatro partes: na primeira, a preocupação recai sobre o conceito de liberdade e suas implicações sociais. Para o filósofo, desenvolve-se uma teoria “impressionante, desafiante e alternativa, com uma base moral e apropriada para uma sociedade democrática” (RAWLS, 2000[b], p. xxiii). Já na segunda parte, analisamos a repercussão da teoria da justiça na própria ideia de contrato afim de explorar as suas deficiências. Na terceira parte, pretendemos realizar uma análise do modo como a teoria da justiça determina a topografia da posição original, o conhecimento inicial da estrutura básica e os princípios da justiça. Por fim, mostramos como Rawls se posiciona diante da resistência filosófica de seus críticos e como ele enfrenta o desafio de desenhar o modelo capaz de pensar o pluralismo político. É neste sentido que o filósofo afirmará que “as liberdades em uma sociedade justa e igual são consideradas invioláveis” (RAWLS, 2000[b], p. 4).

O terceiro capítulo é dedicado ao confronto da posição defendida por John Rawls e autores contemporâneos com Hart, Perelman e Dworkin. Para isso, primeiramente, procedemos a discussão entre Rawls e Hart sobre a teoria da justiça. A polêmica abre espaço para o autor retomar as principais ideias que estão desenvolvidas na sua teoria de justiça. Para isso, mostrar que Rawls não apenas defende a justiça para todos os cidadãos, mas enfatiza o princípio da justiça como equidade como um modo público em que “todos indivíduos aceitam e sabem que os aceitam os mesmos princípios da justiça” (RAWLS, 2001, p. 42). Portanto, segundo Rawls, só há justiça sem distinção para todos quando o espaço público considerá-la uma alternativa ao utilitarismo.

Nesse passo, Rawls teve a sorte de receber críticas valiosas de pessoas que discutiram a sua teoria: de Hart, o autor precisou rediscutir a questão de obediência e o papel da discricionariade; de Dworkin teve que retomar o problema do direito a partir do instrumental princiológico; e de Perelman precisou reposicionar o tema da justiça social e da sua configuração como um critério comunitarista. Este movimento crítico é desenhado em nosso terceiro capítulo. Assim, enquanto Rawls compreende que a filosofia política é efetuada como o *locus* do debate entre direito, ciência política e

economia, os autores mencionados suspendem a justiça de seu solo social: a estrutura básica da sociedade não pode fundamentar seus princípios de justiça em uma doutrina abrangente liberal. A fundamentação desses princípios de justiça está crescendo “nos interesses próprio e de grupo, nos costumes e nas atitudes, e no desejo que normalmente feito” (RAWLS, 2001, p.442).

Por fim, no último capítulo, pretendemos abordar o fundamento da crítica ao positivismo jurídico e a existência da justiça no pós-positivismo, sustentando que a perspectiva de Rawls sobre a justiça advoga a favor de princípios que regulem a distribuição de bens sociais e oportunidades de forma equitativa, de modo a garantir que todos os indivíduos tenham um conjunto básico de liberdades e uma igualdade de oportunidades. Esta análise tem por base a exploração de três pontos: a teoria da justiça como teoria pós-positivista; os pressupostos mínimos para a construção de um ordenamento jurídico e, por fim, a afirmação do neocontratualismo como fenômeno social.

Deste modo, a obra de Rawls, diferentemente das leituras positivistas de Austin, Kelsen ou Hart, ou mesmo do movimento juspolítico de Perelman e Dworkin, se insere no debate jurídico contemporâneo por recolocar a distribuição de direitos, individuais, civis, políticos e sociais a partir de um arranjo político. É justamente essa acepção do ‘arranjo político’ que pretendemos mostrar como um argumento importante para desconstruir a ânsia metafísica do positivismo jurídico e sua imagem limitada do direito como mera expressão da vontade do legislador.

CAPÍTULO I

A HEGEMONIA DO DIREITO, DA LIBERDADE E DA NORMATIVIDADE EM RAWLS

“Os direitos e liberdades básicos devem ser
garantidos igualmente a todos cidadãos”
(RAWLS, 1999[a], p. xii)

“Todos os homens serão iguais perante a lei”
(RAWLS, 2001, p. 192)

A investigação de ordem filosófica sobre os conceitos de direito e de liberdade, levada a cabo por John Rawls, é uma tentativa de perceber qual a finalidade destes elementos na construção das sociedades contemporâneas. Rawls, portanto, aprofunda sua análise ao explorar tais conceitos procurando reconciliá-los dentro de um arcabouço político que busca equidade e justiça para todos os membros da sociedade. Isso, como nos parece, é uma espécie de abordagem que ressalta a importância de uma distribuição justa de direitos e liberdades básicas como condição prévia para o florescimento de uma sociedade verdadeiramente democrática e inclusiva.

Assim, a tese que pretendemos mostrar, neste primeiro capítulo, intitulado *A hegemonia do direito, da liberdade e normatividade segundo o pensamento de John Rawls*, é que a concepção rawlsiana de justiça como equidade oferece um arcabouço sólido para a organização política de uma sociedade pluralista, onde os princípios de liberdade, igualdade e respeito mútuo são centrais para a construção de um contrato social. É justamente dentro dessa seara que procuramos mostrar como o pensamento de Rawls está inserido no tratamento dispensado à questões jurídicas e, ao mesmo tempo, políticas.

1.1. Rawls e a hegemonia do direito

Partindo da teoria política de Rawls, notamos que, relativamente ao conceito de direito, é difícil chegar a uma aceção amplamente aceita. Contudo, apesar de alguns

comentários indicarem a deficiência do conceito criado pelo filósofo, não se pode negar o fato de este ser indispensável e bastante pertinente na sua época.

Uma das críticas apontadas à teoria do direito de Rawls é a de que o autor não se centra detalhadamente na noção de direito, ou seja, considera-se que não faz um tratamento adequado e sistemático da noção. Ao tema que se coloca em questão, como exemplo, dever-se-ão considerar as observações de Richardson e Weithman⁵. Segundo eles, “na obra de Rawls não há nenhum texto colecionado dedicado ao direito” (RICHARDSON; WITHMAN, 1999). De igual modo, Viola⁶ sustenta que “não há, por parte de Rawls e dos estudos nele inspirados, uma particular atenção demandada ao direito, o qual é assumido como um modelo de procedimento de regulação social, apoiado nos princípios da igualdade e da reciprocidade” (VIOLA, 2013, p. 163). Em nosso entender, esta aparente marca de insuficiência é refutável e questionável, porque se considera apenas o direito de modo sistemático, abrindo espaço para aquilo que pretendemos defender nesse trabalho.

Na nossa opinião, Rawls esboçou, de modo holístico, o seu conceito de direito, como podemos verificar em alguns dos seus textos científicos, designadamente em *Rawls and Law* (2012) – um artigo dedicado ao tema do direito, e no livro *The Law of Peoples* (2002). Importa também dizer que a sua ideia de direito foi estudada de diferentes perspetivas como, por exemplo, na afirmação de temas tais como “o constitucionalismo, a teoria democrática, o igualitarismo, o feminismo, a justiça global, o liberalismo político, o estado de direito, e razão pública e também o direito constitucional internacional e privado” (DWORKIN, 2004, pp. 1381). Além disso, em 2003, foi organizado um Simpósio sobre a influência de Rawls sobre o direito, oportunidade na qual se abordou diferentes matizes da obra do filósofo em sua relação com a ordem jurídica.⁷

A conceituação da noção do direito, na teoria da justiça de Rawls, enunciada em 1973, aponta a ideia de direito surge de modo tácito. No entanto, o significado do conceito de direito pode ser percebido a partir das suas ideias sobre o direito dos povos ou, então, através do seu conceito de democracia. Deve perceber-se, portanto, em

⁵ RICHARDSON, Henry – WEITHMAN, Paul (Organizadores), *Philosophy of Rawls. A Collection of Essay*, New York, Garland, 1999.

⁶ VIOLA, Francesco, *Rawls e il diritto*, em Biblioteca della libertà, 2013, XLVIII, pp. 163-173.

⁷ O simpósio em questão, *Symposium, Rawls and the Law*, foi organizado na *Fordham Law* e publicado na *Fordham Law Review*, 72 (2004), p. 1381-2285 [disponível em, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol72/iss5/>; acesso a 12 de julho de 2024.

articulação com a teoria da justiça, do direito dos povos e com a teoria democrática, sem esquecer a teoria constitucional, o igualitarismo e a teoria do liberalismo político. A partir daqui, podemos não só chegar ao conceito de direito de Rawls, como perceber que o autor não se manteve silencioso sobre o tema. De fato, ele pensou e expressou reflexões sobre o direito através de seus métodos próprios, o que dissipou a ideia de que ele seja um instrumento desconectado de outras esferas da vida social em geral.

Nesse sentido, o direito, na visão de Rawls, é “um projeto filosófico-político” (LIMA, 2019, p. 75) que “visa estabelecer as condições normativas de proteção à tolerância entre os povos” (Ibidem). Trata-se, ainda, de um conceito que necessário para positivar o direito dos povos em conformidade com o bem, ou seja, é uma virtude, conforme o entendimento religioso. Por sua vez, a virtude, na hermenêutica de Rawls, é uma “virtude liberal” e a racionalidade do bem ou da virtude percebe-se quando se refere à razão com razão pública.

A ideia da razão pública é essencial na construção do conceito de direito do filósofo norte-americano, manifestando-se, do seu ponto de vista, no âmbito da cultura política e jurídica. No seu entender, a faculdade de raciocinar prossegue o “objetivo político de um povo” (LIMA, 2019, p. 39). Como tal, o conceito é esboçado e entendido em concordância com o direito dos povos, sendo um direito integrado, precisamente, num projeto filosófico-político. Poder-se-á dizer que a conceição de direito de Rawls possibilita o estabelecimento de condições normativas, já que, de modo profundo, as práticas normativas têm como centro de interesse a proteção e o bem-estar dos povos. Trata-se, assim, de uma atuação política que tem em conta os princípios da democracia. Em suma: *Rawls oferece um conceito e um modelo do direito bem diferentes dos de outros autores, sobretudo por os relacionar com a razão pública.*

Há vários termos conciliáveis com a ideia da razão pública, tais como, entre outros, povo, direito, população, liberdade, tolerância, administração, democracia, justiça, igualdade, legalidade e participação. Todos contribuem para a razão pública. Neste contexto, importa salientar o fato de Rawls construir o seu conceito de direito a partir da ideia de povo, ou de população. Daí que a questão a levantar deva ser, sobretudo, *o que é o povo?*

O termo *povo* constitui-se como um objeto de interpretação em diversas dimensões, tanto políticas e jurídicas, como sociológicas. No âmbito político, o povo é frequentemente uma composição lírica vendida pelos políticos no palco político, portanto, um nome muito agradável para os políticos; além disso, pode designar um

sujeito que se ocupa de assuntos públicos. Na linguagem política, o povo é um véu para os que têm poderes e interesses facciosos, no entanto, as expressões que surgem nas audições públicas convencem como se representassem realmente a vontade pública. Desta forma, utiliza-se, geralmente, a imagem do artista de rua, que costuma proclamar diferentes vozes, ou seja, poemas de defesa do povo, nos quais se refere o “bem-estar do povo, [a] vontade do povo, [o] interesse do povo e/ou a defesa do povo”. Tudo é legitimado pela ordem política. Contudo, há discursos entendidos de forma bem diferente, nomeadamente pelos grupos *zoe* [o grupo excluído ou marginalizado da sociedade] e *bios* [o grupo valorizados ou tem o usufruto de direitos políticos, da vida plena]. Nas vilas timorenses, por exemplo, interpretam-se assim os sons ouvidos: *aqueles que são ricos continuarão ricos e aqueles que são pobres continuarão pobres*. Estas frases são frequentemente utilizadas por pessoas marginalizadas, ou seja, pertencentes a uma classe excluída.

Pode dizer-se que o sentido do termo povo não é uniforme. A diversidade do entendimento deve-se ao fato de se tratar de um conceito político, jurídico e sociológico. No âmbito do juízo clássico greco-latino, o termo foi difundido por um escritor romano, surgindo na obra de Cícero, na qual é definido como “a reunião da multidão associada pelo consenso do direito e pela comunhão da utilidade e não simplesmente todo conjunto de homens congregados de qualquer maneira” (VIOLA, 2013, p. 163). O conceito de povo continuou a evoluir até o período moderno e, evidentemente, ficou reconhecido na Revolução Francesa. Posteriormente, passou a relacionar-se com conceitos de ordem política, jurídica e sociológica. Numa perspectiva política, usa-se numa referência “aos pobres, deserdados e aos excluídos” (AGAMBEN, 2011, p. 32), ou seja, a uma classe excluída da política. O povo é “o quadro humano votante, que se politizou, aliás, assumiu capacidade decisória, ou seja, o corpo eleitoral” (*idem*). Claro que se trata de uma perspectiva ideológica que tem a sua raiz no povo ocidental, que penetra no sistema de governação de um determinado Governo ou de um Estado, consoante a ordem política. Portanto, o povo, neste sentido, é entendido como povo político, ou seja, não se consideram os povos menores, analfabetos ou discriminados, mas apenas o povo no sentido de população, capaz de participar nas eleições e nas decisões democráticas de vários sistemas de governação.

No entanto, no âmbito jurídico, o conceito de povo deve ser entendido de um modo diferente. O conceito jurídico de povo está exposto, de modo claro, na constituição do povo americano, onde se lê que, sem distinção de gênero, *We the people*

of the United States [...]; da mesma forma, o Presidente Abraham Lincoln, num discurso em Gettysburg, diz: *Government of the people by the people for the people*.

Como sabemos, a Revolução Francesa é um momento indispensável para a classe excluída, ou seja, a classe esquecida. É reconhecida como uma revolução popular e que reivindica o direito de um povo relativamente a outros. Neste sentido, o juízo de Hannah Arendt é digno de consideração. Ela defende que o povo nasceu da compaixão e faz a seguinte afirmação: *le peuple, les malheureux m'applaudissent*. Em suma: neste âmbito, o termo povo pode designar, por um lado, uma pessoa que não merece atenção nem consideração e, por outro, uma pessoa que, do ponto de vista económico, integra um grupo elite, ou, de uma perspetiva política, uma pessoa que tem poder, sintetizando-se nos conceitos filosóficos de grupos *bios* e *zoe*. Veja-se a distinção apresentada por Agamben:

[...] tudo ocorre como se aquilo que chamamos de povo fosse, na realidade, não um sujeito unitário, mas uma oscilação dialética entre dois polos opostos: de um lado, o conjunto Povo como corpo político integral, de outro, o subconjunto povo como multiplicidade fragmentária de corpos necessitados e excluídos; ali uma inclusão que se pretende sem resíduos, aqui uma exclusão que se sabe sem esperanças; num extremo, o Estado total dos cidadãos integrados e soberanos, no outro, a reserva-corte dos milagres ou campo dos miseráveis, dos oprimidos, dos vencidos que foram banidos (AGAMBEN, 2011, p. 32).

Considerando o que temos vindo a dizer, podemos concluir sem dificuldade que as definições do conceito de povo refletem a ambiguidade da palavra. Daí que, no âmbito político, se continuem a mapear as contradições, para que se possam atingir as metas políticas desejadas. Na verdade, a bandeira da confrontação sangrenta continua a existir, e a luta de classes, conceituada por Marx, ocupa um posto primordial, isto porque a abolição das contradições só é possível quando se cria uma sociedade sem classes. Por isso, este deve ser um convite direcionado aos políticos, que, ocupando uma posição central na cena política, devem pretender um reino messiânico.

Literalmente, a palavra povo designa “a etnia, a tribo, a população” (SIEBENALER, 1997, p. 456). Em italiano *popolo*, em francês *peuple*, em espanhol *pueblo*, em português *povo*, em tétum *povu* e indonésio *rakyat*, derivando do latim, nomeadamente da palavra *populus* e *popularis*: a primeira, designa um conjunto de cidadãos (um corpo político unitário) e a segunda designa as classes inferiores. Em inglês, a palavra *people* tem um sentido mais indiferenciado: pode referir “pessoas, seres humanos, multidão, povo, [...] classes inferiores” (MORAIS, 1997, p. 791), e

também pode significar “povoar” (*idem*). Em suma, afirmamos que para Giorgio Agamben, que o conceito de povo agita entre dois aspetos antagónicos: por um lado, “o conjunto povo como corpo político integral” e, por outro, o subconjunto povo como multiplicidade fragmentária de corpos necessitados e excluídos”, (AGAMBEN, 2011, p. 32). O primeiro ponto, mostra um envolvimento que “se pretende sem restos”, (Idem), e o segundo ponto, expõe “uma exclusão que se sabe sem esperança”, (Idem). Portanto, Agamben apresenta a noção do povo numa “fratura biopolítica”.

Tendo por base o exposto, entendemos que o povo (ou as pessoas) é essencial no que ao direito diz respeito. O povo é o sujeito do direito e pode legitimá-lo ou negligenciá-lo. Assim, o caminho para a legitimação jurídica está aberto. E a legitimação jurídica, na sociedade contemporânea, dá-se no âmbito da democracia constitucional. Deste modo, abre-se também espaço para o contrato político, feito através de um regimento ou conjunto de leis, aliás, pela constituição. Por isso, “a ideia de contrato político se tornou a base da legitimação jurídica” (LIMA, 2019, p. 75).

Agora, partindo da teoria política de Rawls, pretendemos mostrar que, na sua perspectiva, o direito tem um carácter institucional, caracterizando-se por um sistema jurídico procedente de uma democracia constitucional existente numa sociedade bem estruturada ou bem ordenada. Contudo, segundo Dworkin (2010, pp. 241-262), Lois (2013, pp. 303-319), Sarlo (2002, pp. 319-322), Rohling e Volpato Dutra (2011, pp. 63-89), esta ideia de Rawls é muito pobre, porque pouco explorada. Mesmo assim, pode dizer-se que Rawls tem a sua própria perspectiva relativamente ao direito. A sua ideia é análoga, aliás, à ideia de *Paz Perpétua* de Kant. Ambos têm como fundamento a presunção de um contrato racional.

Os pressupostos contratualistas e utilitaristas da Teoria da Justiça passaram a fundamentar a base da teoria dos direitos, moldando, assim, de maneira profunda, o entendimento da justiça e sua aplicação. Essa influência reverbera diretamente no campo do Direito Constitucional, conferindo-lhe uma dimensão filosófica essencial. Em virtude disso, surge, nos dias atuais, a convicção de que Rawls ocupa um lugar central entre os pensadores cujas reflexões são imprescindíveis para a construção de um pensamento robusto sobre justiça, ao lado de outros grandes filósofos e teóricos como Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

1.2. Rawls e o primado de liberdade

A liberdade é um dos tópicos mais vivos e mais discutidos socialmente em distintas épocas. Em muitos anos, a noção de liberdade tem sido fragmentada e não se tem conseguido alcançar uma harmonia de noção. Os autores ou os comentadores têm esboçado as suas conceições sem estarem em condições de arriscar conclusões definitivas. Na verdade, tornar possível conhecer os segredos da liberdade é tão provocante para os filósofos ou cientistas como é, para os teólogos e/ou biólogos, conhecer os mistérios das origens do homem, ou do universo, para os astrónomos. No presente ponto, pretendemos apresentar a noção de liberdade assumida pelo pensamento de Rawls.

O intuito do filósofo norte-americano é pensar a liberdade refletida em aparência, isto é, “liberdade básica e sua prioridade” (RAWLS, 1996, p. 289; RAWLS, 2001, p. 104) e, ainda, em princípio da liberdade. Essa cogitação tem por fim saber “a prioridade, o estatuto e o esquema coerente de liberdade básica” (RAWLS, 1996, pp. 294; 310-334). Por isso, para ele, a liberdade, no seu sentido, é uma condição ou a capacidade de agir por si mesmo, ou seja, o aquilo que se vincula à autodeterminação ou à independência do homem.

Segundo o princípio da justiça de Rawls, a liberdade entende-se igual para todos. E nesta racionalidade, há que considerar a realidade que o homem livre opõe-se a um escravo. Importa dizer que a liberdade em si é entendida em contextos distintos: político,⁸ ético⁹ ou, igualmente, como liberdade do pensamento. Essa conceituação

⁸ No sentido político, o filósofo norte-americano, Rawls, afirma sua posição em três pontos de vista: primeiro, afirma a concepção política porque a sua doutrina religiosa e a sua explicação da fé livre conduzem a um princípio de tolerância e apoiam as liberdades básicas de um regime constitucional; o segundo ponto afirma a concepção política com base em uma doutrina moral liberal abrangente, como a de Kant ou Mill. No terceiro ponto, é apenas uma doutrina vagamente articulada que abrange uma grande família de valores não políticos, além dos valores políticos de um regime constitucional; e sustenta que, sob condições razoavelmente favoráveis que tomam a democracia possível, esses valores políticos normalmente superam quaisquer valores não políticos que possam entrar em conflito com eles. Apenas as duas primeiras visões – a doutrina religiosa e os liberalismos de Kant e Mill – são bastante gerais e abrangentes; enquanto, a terceira é vaga e não sistemática, embora em condições razoavelmente favoráveis seja normalmente adequada para questões de justiça política. As duas primeiras visões mais plenamente articuladas e sistemáticas concordam com os julgamentos da terceira nestas questões, (RAWLS, 2001, p. 191). Portanto, as liberdades dizem respeito aos diferentes domínios, tanto no domínio físico, expressão, consciência, pensamento bem como religioso, (DUROZOI & ROUSSEL, 2000, p. 236).

⁹ Num sentido ético, a liberdade é a um saber social e dos valores morais, que conduzido e elaborado segundo regras, e efetuada do direito de escolha pelo indivíduo do seu modo de agir, independentemente de qualquer determinação externa. Para Kant a liberdade é a ação em conformidade com a lei moral, ou seja, respeita a lei por indivíduo (RAWLS, 2001, p. 191). Neste sentido, a liberdade implica assim a responsabilidade do indivíduo por seus próprios atos.

política de Rawls encontra-se na sua teoria da justiça, isto é, num princípio igualitário¹⁰. Enquanto, no entendimento ético, a liberdade em si entendida como “um agente social cujas decisões são fundamentadas na moral do grupo ao qual pertence e são tomadas com base em valores e interesses que busquem o bem comum” (SROUR, 2011, p. 21). A liberdade civil ou individual¹¹ integra-se neste contexto. Por esta razão, Rawls sustentou que “nenhuma liberdade básica é absoluta, uma vez que estas liberdades podem entrar em conflito em casos particulares e as suas reivindicações devem ser ajustadas para se enquadrarem num esquema coerente de liberdades” (RAWLS, 2001, p. 104).

A liberdade e a igualdade de todos e de cada um constituem propriedades morais básicas (RAWLS, 2001, pp. 310-315). Essas liberdades são definidas como dois valores elogiáveis desde a Revolução Francesa. A propósito, Rawls considera o seu pensamento “como o clamor de autodefesa para os princípios da liberdade e da igualdade” (RAWLS, 1971, p. 27). Por isso, para o liberalismo igualitário, o princípio da liberdade e da igualdade têm-se por valores inegociáveis. De fato, as noções do filósofo norte-americano têm uma grande importância para o estabelecimento de uma política de liberdade. Na sua teoria política, o sonho da liberdade é, essencialmente, o sonho de uma liberdade igualitária e a inviolabilidade dos direitos de indivíduo. Dessa forma, o filósofo de Harvard é o defensor da liberdade básica. Note-se que este pensamento inspira distintas correntes nas áreas da filosofia, ciência política e ciência do direito, particularmente no âmbito dos direitos civis e políticos igualitários.

Uma das ideias centrais da doutrina de Rawls é a do princípio da justiça, nuclearizado na obra *Justice of Fairness: A Restatement* (2000). Dessa obra nasce a concepção liberal igualitária, considerando-se a ideia de racionalização na concepção de justiça como equidade. Segundo Rawls, a teoria da justiça como equidade era “parte de uma visão liberal e, posteriormente, é uma teoria política e não é uma teoria

¹⁰ A justiça diria respeito ao conjunto da vida humana [...] e deveria repousar num princípio igualitário assim formulado: “todos os valores sociais – liberdade e oportunidade de, progressos e riquezas e as bases do respeito a si mesmo – devem distribuir-se igualmente, a menos que uma distribuição desigual de quaisquer e de todos esses bens seja vantajosa para todos” (RAWLS, 2000[b], p. 6). Portanto, Rawls pretende, assim, ter chegado à apreensão de um princípio básico, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é de todos os sistemas de pensamento”, (Idem).

¹¹ A liberdade civil ou individual é o exercício, por um indivíduo, de sua cidadania dentro dos limites da lei e respeitando os direitos dos outros. A liberdade de cada um termina onde começa a liberdade de outro”.

metafísica”¹². Por meios naturais, a sociedade é o objeto da justiça. Rawls percebe que o direito da qualidade da justiça e os direitos dos cidadãos são iguais, tal como a cidadania deve ser igual para todos. Os indivíduos são iguais no sentido em que são adotados os dois poderes morais¹³.

Rawls, na sua teoria da justiça, defende “uma sociedade sem classes” (RAWLS, 2000[c], p. 5), e a existência de uma sociedade justa implica, precisamente, a possibilidade de a sua estrutura básica estar ordenada segundo os princípios da justiça. Rawls considera também que a ideia da justiça como equidade não veicula nenhuma conceção específica do bem, nenhuma doutrina em particular, sendo, por isso, a mais adequada num contexto pluralista como aquele que marca as sociedades democráticas.

É de salientar que o filósofo norte-americano não só estabeleceu a importância da liberdade, como contribuiu para estabelecer os direitos básicos dos cidadãos, ou seja, das pessoas livres e iguais. Por isso, o seu pensamento sobre a justiça, a liberdade e a igualdade inspira diversas correntes, tanto no âmbito do Direito como da igualdade social. De facto, a teoria rawlsiana da liberdade básica e dos princípios de justiça constitui-se como uma marca referencial indispensável para a democracia e para os Estados de Direito das sociedades contemporâneas. Veja-se, neste contexto, a seguinte citação:

O consenso poderia estabelecer-se em torno destas questões: igualdade política, igualdade de oportunidade, respeito mútuo e garantia de reciprocidade económica. Com exceção desta última, as três primeiras exigências são aceitáveis pelas duas principais correntes políticas do nosso tempo, [isto é], o liberalismo e a social-democracia [...]. (RAWLS, 2000[c], p. 6).

Neste sentido, a questão deve ser: o que é a justiça para as sociedades democráticas, pluralistas e contemporâneas? Quando se levanta esta questão, é necessário olhar para o passado e pensar na evolução histórica do conceito, para, no fim, ser possível glorificar o futuro.

A justiça, na conceção clássica, é entendida da seguinte forma: “o justo seria cada coisa [...] ocupa[r] seu lugar no universo”. Porém, os filósofos, desde os sofistas,

¹² Em *Uma Teoria da Justiça*, o filósofo norte-americano, John Rawls usava a palavra “indivíduos” (Rawls, 1971). Mais tarde passou a preferir falar de ‘cidadãos’ para relevar o aspeto político – e não metafísico – da teoria. Pode-se constatar isso mesmo em *Liberalismo Político* (Rawls, 1996).

¹³ [...] os dois poderes morais, cada um dando origem a considerações de um tipo distinto e, finalmente, considerações relativas à concepção determinante do bem de uma pessoa.

Platão, Sócrates, Aristóteles, até aos contemporâneos, entenderam o conceito de justiça de modo diferente. Para os sofistas, a justiça é “um acordo sobre o que [...] é] justo ou injusto”. Portanto, a sua percepção estava mais associada a uma convenção. Em contrapartida, Platão sustentou que “a justiça seria condição para a felicidade”, e Sócrates considerou-a como “uma virtude e fundamento da constituição e estabilidade da ordem social”.

Aristóteles, apesar de concordar com as noções de Platão, demarcou-se relativamente à ideia de justiça distributiva e comutativa. Por sua vez, a doutrina cristã caracterizou-se pela defesa da caridade, da misericórdia e do amor. Santo Tomás, por exemplo, “esboçou a justiça como um modo de regulação das relações humanas”. Já Grotius, na teoria do *jus naturalismo*, percebeu a justiça de acordo com a lei natural, ou seja, as leis positivas seriam justas quando estivessem em conformidade com a lei. Hobbes, por sua vez, considerou a justiça no sentido de evitar a guerra de todos contra todos, num suposto estado de natureza. Defendeu-a como um poder absoluto do soberano em concordância com os membros da sociedade.

Na doutrina moderna, a teoria da justiça caracteriza-se pela convicção na distribuição de bens, nos sistemas sociais e políticos e na igualdade humana. Perelman, por exemplo, concebeu a justiça como um princípio de ação. Segundo ele, a justiça deve ser tratada como “incompatível, suficiente, imparcial, comum e consoante a lei” (PERELMAN, 1980, p. 2), e formula-se em seis tipos. Veja-se: “i) a cada um o mesmo; uma declaração que pretende sustentar que “todas as pessoas consideradas devem ser tratadas da mesma forma, sem levar em conta nenhuma de suas particulares distintivas” (Idem); ii) a cada um segundo seus méritos (Idem, p. 3); Essa noção pretende mostrar que os seres humanos devem receber consideração proporcional em conformidade com seus méritos; iii) a cada um segundo seus atos, (Idem); Esse conceito não pressupõe tratamento igual para todos, no entanto, um de acordo com os resultados de suas ações. Nesse sentido, tem, portanto, um aspeto prático porque não leva em conta a intenção e o sacrifício em detrimento dos resultados. iv) a cada um segundo suas necessidades, (Idem, p. 4); Esse tipo não se trata de considerar o mérito, mas de atender às necessidades básicas do homem, o que torna essa fórmula de justiça semelhante à caridade; v) a cada um de acordo com suas categorias, (Idem, pp. 4-5); Essa noção aparece como um reconhecimento das diferenças que os homens adquirem de acordo com sua posição, mas não são consideradas as qualidades intrínsecas da pessoa.

Segundo Vannier (2001), essa regra de justiça se aplica a sociedades hierárquicas, como as sociedades de linhagem. A máxima "a cada um de acordo com seu direito legal" (Idem, p. 5) busca justificar que aqueles que agem conforme a lei são considerados justos, ou seja, a justiça é atribuída por meio da legalidade (Idem). Perelman, por sua vez, entende que a teoria da justiça deve ser compreendida como um princípio de ação, enquanto Rawls a vê como uma parte integrante da virtude. Nesse contexto, a justiça envolve promover a prosperidade e respeitar a liberdade individual, de modo que, como argumentará Sandel (2017), *a justiça envolve virtude e escolha*.

Assim se percebe que a ideia de justiça é pensada desde a época grega aos tempos modernos, estando presente em diversos conceitos. Além disso, percebe-se que a importância desta ideia continua a crescer em sociedades democráticas, pluralistas e contemporâneas, o que é compatível com a perspectiva de Rawls. Efetivamente, o filósofo norte-americano defende uma sociedade livre e justa, daí afirmar que a “natureza essencial da concepção da justiça está em agrupar-se em uma sociedade livre e justa” (RAWLS, 2001, p. xi). Se assim fosse, o instrumento mais viável para proteger essa política seria o funcionamento das regras e dos princípios de distribuição dos bens e de garantia dos direitos. O que é aqui tido em consideração é, então, a questão de como construir as regras e os princípios justos que permitam a distribuição de bens e de direitos, com o fim de projetar uma sociedade justa.

O conhecimento da justiça como equidade remete-nos para os direitos básicos, para as liberdades e oportunidades, para a capacidade de os assegurar a todos os cidadãos, partindo da perspectiva de que “todos têm o direito como pessoas livres e iguais” (RAWLS, 1971, p. 68).

Na filosofia política contemporânea, por sua vez, a ideia de justiça está mais associada à concepção rawlsiana e relaciona-se, sobretudo, com os valores fundamentais, nomeadamente com a liberdade e com a igualdade. Segundo Rawls, “cada pessoa deve ter um direito igual a um esquema inteiramente adequado de direitos e liberdades básicas, compatível como o mesmo esquema para todos” (RAWLS, 2001, p. 42), sendo fundamental, portanto, a ideia do princípio igualitário. “todos os valores sociais – liberdade e oportunidade de cada um [...] constituem faculdades decentes básicas” (idem). A ideia de cooperação social entre cidadãos iguais é uma ideia normativa. Neste sentido, a cooperação social define-se pela consideração dos interesses dos indivíduos, isto é, de todos os que são afetados pela ação e pelas regras da vida em sociedade. O exercício da liberdade maior repousa essencialmente na

sociedade. Na verdade, a sociedade é o palco dos indivíduos e um lugar de cooperação que visa o bem de todos e que todos sejam tratados de maneira igual.

O liberalismo igualitário existe, portanto, em consonância com a igualdade das liberdades básicas numa sociedade justa e pluralista. Uma sociedade justa, de acordo com a perspectiva liberal igualitária, é, necessariamente, uma sociedade pluralista. Esta perspectiva considera que todas as pessoas são importantes, iminentes, livres e iguais, no sentido do tratamento. Todos os indivíduos e os seus respetivos interesses são tratados por igual, e todos têm as condições para exercer a sua liberdade numa sociedade justa. Como tal, a igualdade é uma fortuna de base atribuída a todos, dentro do círculo da cidadania. De qualquer forma, Rawls defende que “os indivíduos na posição original concordariam com um conjunto de liberdades básicas, incluindo a liberdade de prisão arbitrária” (EDWARD, 2024, p. 1).

A consagração constitucional das liberdades permite ultrapassar uma grande diversidade de doutrinas e também contribui para o aprofundamento do pluralismo, não só no âmbito das visões religiosas, mas também de outras conceições do mundo e da vida, de tipo filosófico e moral. A doutrina pluralista rawlsiana implica que a concepção liberal igualitária de justiça seja apresentada como política não abrangente. Trata-se de uma concepção que, politicamente, foi construída independentemente das doutrinas abrangentes, e que contém a marca de uma cultura democrática no domínio político – do Estado e da justiça social – e não político. Neste sentido, a razão política diz respeito ao domínio político, referindo-se a questões básicas da constituição e da justiça social. No domínio político, exige-se um exercício contido da razão, por isso, os agentes, tais como os juízes e os políticos, tendem a usar razões públicas. No entanto, no domínio não político, todas as razões são aceitáveis, fazendo-se um apelo às diversas doutrinas existentes na sociedade.

A sociedade é o núcleo do sistema de cooperação entre cidadãos iguais e, por outro lado, um palco de conflitos em torno dos benefícios e encargos associados a essa cooperação. Assim, pretende-se encontrar a forma mais adequada de distribuir os benefícios e encargos, ou direitos e deveres, entre os cidadãos. Na conceição rawlsiana, a justiça deve ocupar-se apenas dos valores mais fundamentais em causa na cooperação social, aquilo a que chama “bens sociais primários” (RAWLS, 2001, pp. 57-62). Os bens sociais primários, segundo Rawls, são “os direitos e as liberdades básicas, a liberdade de circulação e de escolha, os poderes, as rendas e a riqueza, e por fim, as bases sociais do respeito próprio” (RAWLS, 2000[d], p. 302), bem como a renda e a

riqueza. São produzidos por instituições sociais e não por causas naturais, e a forma como são distribuídos depende da própria configuração dessas instituições, daí serem sociais e não naturais.

A liberdade é um dos bens sociais primários, justos e pluralistas. Por conseguinte, todas as pessoas são importantes, livres e iguais. O filósofo norte-americano argumenta, de forma clara, que os bens sociais primários são “as liberdades e imunidades, as oportunidades e poderes, a riqueza e o rendimento, também definidos pelas regras das instituições mais importantes e as bases sociais do respeito próprio” (RAWLS, 2000[d], p. 302). Todos os indivíduos devem ser tratados por igual e com base nos seus interesses, estando assim garantidas as condições para exercerem a sua liberdade numa sociedade justa, sendo esta sociedade justa, numa perspetiva liberal igualitária, uma sociedade pluralista, como referimos acima.

À semelhança da liberdade, a igualdade é um princípio de base atribuído a todos dentro do círculo da cidadania. Neste caso, o conceito de cidadãos iguais é concebido como uma ideia normativa, o que significa que todos os indivíduos são afetados pelas regras da vida em sociedade e que os seus interesses são vistos como iguais e atendidos por igual, sem discriminação.

A liberdade integra a constituição de um país, é fundamental, prioritária e deve ser protegida. É, pois, uma liberdade básica, que deve chegar a todas as pessoas. Todos e cada ser humano têm a necessidade dessa liberdade. Por isso, trata-se de uma liberdade que contribui para o aprofundamento do pluralismo. Esta característica foi admitida pelo filósofo norte-americano e marca o caráter de cada um e de todos numa sociedade contemporânea. Diante do pluralismo, a liberdade continua a ser promovida e protegida e a ser legalmente perfilhada como um bem social primário, como afirma Rawls.¹⁴

A liberdade e a igualdade são “realizad[a]s na estrutura básica da sociedade” (RAWLS, 2001, pp. 4, 10-11). De fato, a sociedade é o lugar próprio para a sua prática, e é também o local do exercício da justiça como equidade. A noção de liberdade – bem como de igualdade, ou de equidade – “é praticada e formulada, não só numa estrutura básica da sociedade, mas também numa sociedade bem ordenada” (*idem*, p. 8). Trata-se de um processo aberto a um sistema de cooperação, e que visa o bem. Contudo, esta cooperação, como referimos anteriormente, pode originar vários desentendimentos.

¹⁴ Cf. RAWLS, 2001, p. 58.

Segundo Rawls, a liberdade é, como já mencionado, um bem social primário. Como bem, todos necessitamos dele para obtermos tudo aquilo que queremos alcançar, daí ser primário. Assim, numa linguagem vulgar, diz-se que *todos e cada um de nós necessitamos de liberdades básicas*. Como a liberdade é uma salvaguarda face a qualquer política que vise a promoção de outros valores, o primeiro princípio de justiça pode ser designado por princípio de liberdade. Aqui, não se trata da liberdade no sentido metafísico ou moral, mas de uma liberdade política.¹⁵ Debrucemo-nos, então, sobre a seguinte citação de Rawls:

O valor das liberdades políticas para todos os cidadãos que seja a sua situação social ou económica, deve ser aproximadamente igual ou pelo menos suficientemente igual; no sentido de que cada qual tenha uma oportunidade equitativa de ocupar uma função pública e de influenciar no resultado das decisões políticas. Essa noção de oportunidade equitativa acompanha a de justa igualdade das oportunidades no segundo princípio de justiça. Quando adotam a prioridade da liberdade, os parceiros na posição original compreendem que as liberdades políticas iguais para todos são tratadas de maneira particular, quando julgamos o carácter apropriado da combinação da liberdade e da igualdade numa só noção, devemos ter em mente o lugar específico das liberdades políticas nos dois princípios de justiça (RAWLS, 2000[d], p. 178).

Este ponto de vista expressa um entendimento particular de liberdade, aqui considerada como um conjunto de liberdades distribuídas de modo igual, em relação com uma noção de sistema compatível com o direito. Na verdade, para Rawls, a justiça é “a estrutura base da sociedade e a primeira virtude das instituições sociais.”¹⁶

¹⁵ “Segundo a lista das liberdades, uma das mais importantes entre elas são a liberdade política, (expressão do direito de valor e de ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física; o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrária, em conformidade com o conceito de estado de direito [...]” (RAWLS, 2000[b], p. 65).

¹⁵ No original: “Justice, the basic structure of society [...]. Justice is the first virtue of social institutions (...) laws and institution”.

¹⁶ Lê-se em original: “Justice, the basic structure of society [...]. Justice is the first virtue of social institutions (...) laws and institution”.

1.3. Rawls e a supremacia da norma

Rawls, além de construir a sua teoria da justiça, também apresentou uma formulação sobre as normas¹⁷. A norma é definida de um modo dinâmico, podendo ser considerada de uma perspectiva moral, estética ou jurídica. Do ponto de vista comum, é aquilo que regula os procedimentos ou atos do ser humano – ou seja, do cidadão – numa sociedade, moderna ou contemporânea, construída com base num sistema de cooperação. A noção de construção implica a participação dos indivíduos ou cidadãos, de acordo com a racionalidade e a razoabilidade: a racionalidade permite a qualquer pessoa selecionar uma conceição de bem; a razoabilidade pressupõe que cada pessoa esteja disposta a chegar a um entendimento com os outros. Neste sentido, tanto a racionalidade como a razoabilidade são essenciais para o exercício da liberdade numa sociedade justa.

Nas sociedades contemporâneas, a ideia de cooperação entre cidadãos iguais pressupõe um procedimento normativo. Esta perspectiva, note-se, também caracterizou a teoria neo-hobbesiana, segundo a qual a normatividade é considerada apenas do ponto de vista de uma racionalidade instrumental. De acordo com as perspectivas deste tipo, “a racionalidade, só por si, produz a normatividade ética [...] e [é] suficient[e] para justificar a concepção e ordem social” (GAUTHIER, 1986). No entanto, a perspectiva do filósofo norte-americano não é esta, pois o ponto de partida da sua teoria está numa ideia moral, além da racionalidade.

¹⁷ Nos anos noventa – especialmente na obra *A Lei dos Povos* – passa a ocupar-se da extensão da teoria da justiça aos fundamentos filosóficos do direito internacional. Ao tratar dessa “lei dos povos”, Rawls pretende incluir não apenas as sociedades com uma tradição liberal, como também as sociedades hierárquicas mas “decentes”. Uma sociedade hierárquica vê os seus membros como inseridos em grupos e não tanto como indivíduos dotados de direitos. A participação política é feita por corpos intermédios e não diretamente por todos os cidadãos individuais através do voto. Estas sociedades são “decentes” na medida em que assegurar direitos humanos básicos a todos e têm um sistema legal guiado pela justiça e baseado no bem comum. Partindo de uma extensão da ideia de “posição original” na qual as partes são representantes de povos – e já não de indivíduos – Rawls estabelece os oito princípios da “lei dos povos”: os povos são livres e independentes; respeitam tratados e compromissos; os povos são iguais e são partes nos acordos que os vinculam; os povos têm o dever de não-intervenção, têm o direito de autodefesa, mas não o direito de instigar a guerra por outras razões; os povos devem honrar os direitos humanos; devem observar restrições específicas na conduta em caso em guerra, e, por fim, os povos têm o dever de assistir outros povos que se encontrem em condições particularmente desfavoráveis. Para Rawls, estes princípios de justiça vinculam moralmente as normas e a prática do direito internacional. Ao privilegiar a conceptualização da justiça e da sua possibilidade nas sociedades em que vivemos, John Rawls abriu o caminho para o regresso a um pensamento substantivo sobre a normatividade ético-política, na senda da tradição filosófica antiga e moderna. A reflexão de largo fôlego sobre a normatividade ético-política tinha sido ocupada por historiadores das ideias, economistas e juristas” (ROSAS, 2003, pp. 275-278).

A noção de norma de Rawls pode ser percebida à luz da sua teoria da justiça. Na verdade, ela relaciona-se com diversas concepções, nomeadamente com a de lei. Segundo Rawls, “a lei defini a estrutura básica [da sociedade] dentro da qual ocorre o exercício de todas as outras atividades” (RAWLS, 1996, p. 207). Enquanto a ordem jurídica é um sistema de regras públicas a pessoas racionais” (Idem). Neste sentido, “as leis existentes necessariamente satisfazem essas percepções em todos os casos” (Idem). Para isso, as leis sejam aproximadas pelo menos na maior parte endereçadas a pessoas para sua orientação. Este conceito adapta-se à época contemporânea: atualmente, a sociedade caracteriza-se por uma dimensão democrática e racionalista; é povoada por cidadãos, seres racionais, que mostram a sua obediência ou desobediência à lei. Nesta circunstância, o caminho para a prática da lei está em conformidade com a doutrina moral, isto é, a lei em si pode ser praticada de modo justo ou injusto.

Em suma, as pessoas racionais deliberam acerca dos princípios adequados para cumprir a lei conforme os princípios da justiça. De acordo com a hierarquia de princípios proposta por Rawls, o discurso sobre os princípios coloca em ordem específica o princípio da igualdade, seguido pela oportunidade justa e pelo princípio da diferença. Rawls sugere que a norma é a “base legal dos bens sociais primários e um [dos] instrumento[s] mais importante[s] numa instituição” (RAWLS, 2001, pp. 59-60). Neste sentido, os bens sociais primários são definidos pelas “regras das instituições mais importantes” (*idem*), e a ideia de cooperação social entre os cidadãos iguais é uma ideia normativa. Por conseguinte, a legalidade exige que cada indivíduo se mova em conformidade com as normas.

A norma é uma ordem legal e oferece uma base sólida para o exercício da liberdade, permitindo uma melhor organização dos sistemas de cooperação na sociedade. De maneira diferente, a norma pode ser um instrumento que provindo a luz da experiência e da história do homem para a harmonia de ordem e da crescente de justiça na sociedade contemporânea. Para além disto, a obediência da lei é o barómetro de uma ação. Ou seja: a aplicação da norma ou da lei pressupõe a justiça, e essa aplicação, pela razoabilidade, deve ser capaz de garantir o cumprimento de um dever. Com base neste preceito, convencionou-se se uma norma pode entrar em vigor ou não, já que a sua aplicação transmite uma ideia de legalidade e de razoabilidade, por estar em causa o bem dos indivíduos numa sociedade. No concernente ao parâmetro da legalidade, este institui-se, pois, em normas, e brota dos factos, ou seja, dos

acontecimentos e da capacidade de os entender por intermédio das suas causas e dos seus efeitos.

No âmbito do direito, do ponto de vista moral ou da ordem moral, bem como no âmbito jurídico, lógico e político, as normas são entendidas como “aquilo que é, ou deve ser, ou seja, aquilo que é legítimo” (CUVILLIER, 1997, p. 62). Por conseguinte, “de direito opõe-se, neste sentido, a de facto”, (*idem*). Neste sentido, além dos factos, também é necessário considerar a força de limitação da razão. A razão, na época moderna, designadamente para os grandes metafísicos como Descartes, Leibniz e Espinoza, é “uma região das verdades eternas, verdades comuns ao espírito humano e ao divino” (CUVILLIER, 1997, pp. 153-154). Portanto, o direito é considerado como uma realidade universal. O direito universal, neste sentido, é o direito à vida e o direito à convivência. Daí o pensamento jurídico estar vinculado a questões de justiça.

Note-se que Rawls expressa a sua concepção de norma na obra *The Law of Peoples* (2002), na qual apresenta, como já mencionado, “um projeto filosófico-político” (LIMA, 2019, p. 75) que tem por fim “estabelecer condições normativas de proteção à tolerância entre os povos” (*idem*). No enquadramento jurídico, as normas surgem para garantir o bem comum, isto é, para a proteção da paz. A prática do bem comum e da proteção de paz entre os povos são estipuladas em núcleo jurídico de normas.

Em suma: em relação à prática do contrato político ou do contrato social numa sociedade, Rawls defende que as normas permitem tornar razoáveis os distintos interesses e, simultaneamente, permitem evitar as guerras entre os povos. Assim sendo, o pensamento do filósofo sobre a norma segue a hipótese de Rousseau: a norma desempenha a função de evitar a pressuposta tendência natural para a guerra entre os povos. Poder-se-á, então, concluir que o mais importante diz respeito ao ordenamento jurídico ou à disposição legal que possibilita o desenvolvimento da liberdade dos povos.

Uma vez assumida a posição anterior, Rawls transita, como mostramos, para uma visão mais abrangente e global de justiça, na qual não se limita apenas à esfera nacional, mas também considera as relações entre os diferentes povos do mundo. Nessa transição, Rawls enfatiza a importância das normas internacionais, destacando que a justiça não deve ser confinada apenas aos limites territoriais de um Estado, mas sim estendida para além das fronteiras, em busca de uma ordem mundial mais equitativa e harmoniosa. É justamente a partir desse momento que seu pensamento, como nos

parece, atravessa violentamente o positivismo jurídico e, assim, recola o velho problema do contratualismo e da ordem social.

CAPÍTULO II

RAWLS E A PERSPECTIVA DA JUSTIÇA CONTEMPORÂNEA

Os bens primários são espelho do princípio de justiça, tanto o primeiro princípio de justiça bem como o segundo princípio.
(RAWLS, 1996, p. 76)

Nesse capítulo, pretende-se mostrar como o conceito de justiça assumido nas obras de Rawls evidencia a própria perspectiva do autor em relação à contemporaneidade, apontado que ela possuiria uma “base moral [...] apropriada para uma sociedade democrática” (RAWLS, 2000[b], p. xxiii). As ideias fundamentais da justiça são apresentadas por Rawls no seu livro *Uma Teoria da Justiça*, de 1971, que se constituem, portanto, como uma fonte essencial neste estudo. Ora, o nosso objeto de estudo é, precisamente, a ideia de justiça atual ou, por outras palavras, o conceito de justiça, sendo que nos debruçaremos, mais concretamente, nas interfaces apontadas pelo pensamento rawlsiano.

Pensar a ideia de justiça contemporânea é pensar Rawls e sua obra no quadro da teoria da justiça e da Filosofia Política. Rawls é o autor da teoria da justiça contemporânea, e ela [Justiça] é um espaço de encontro de várias áreas do conhecimento, particularmente das áreas científica, filosófica e política. Trata-se de uma teoria traçada a partir de factos políticos, sociais e económicos, e que está alinhada com um entendimento de natureza filosófica, conforme mostra a já referida obra *Uma Teoria da Justiça* (avaliada em muitos países como uma das mais importantes em questões de ética, filosofia política e filosofia do direito). Nela, Rawls propõe uma nova conceição de justiça, com o propósito de responder a várias questões fundamentais e, sobretudo, à questão “o que é a justiça?”.

Para isso, o seu alvo de estudo é a sociedade contemporânea, caracterizada pelo estilo de vida dos seus membros, ou seja, dos cidadãos, sendo que, para Rawls, o cidadão é uma pessoa livre e igual. No discernimento do filósofo norte americano a cidadão pode ser entendida como a “pessoa livre e igual; livre por ser dotado de pensamento e razão, e igual, por possuí-los no mesmo grau que os outros, possibilitando

a vida em sociedade pressupõe a capacidade de julgar com o senso de justiça e poder escolher o bem” (RAWLS, 2001, pp. 18-19).

O segmento inicial deste estudo requer um entendimento da natureza da teoria da justiça do filósofo norte-americano, que podemos considerar, usando as próprias palavras do filósofo, como “uma doutrina alternativa” (RAWLS, 1999[a], p. 3). Neste sentido, os pontos mais pertinentes a abordar de imediato são os seguintes: o conceito e a conceição de justiça; a questão fundamental da justiça; o panorama e a autodefesa da justiça. Seguidamente, começaremos, então, a debruçar-nos mais detalhadamente sobre cada um destes aspetos.

2.1. O conceito da justiça de Rawls e problema de seus fundamentos

Para pensarmos sobre a justiça contemporânea, temos de considerar a teoria da justiça de John Rawls e, por conseguinte, o seu texto *Uma Teoria da Justiça*. Rawls sustenta que a justiça é “a estrutura base da sociedade e a primeira virtude das instituições sociais” (RAWLS, 1971, p. 3). A sociedade, de acordo com o filósofo norte-americano, deve ser vista como “um todo” (CULLEN, 1992, p. 15), e as instituições como “corpos” num sentido amplo, negando-se, pois, uma visão individualista, “que recai por vezes num utilitarismo que é combatido ao longo da obra e alheio à ideia contratualista em que propõe a ideia de justiça” (*idem*). Ou seja: o filósofo assume a “justiça como equidade” (RAWLS, 2001, pp. 5, 11, 18 e 20). Esta noção surge como uma noção alternativa de sociedade. Na verdade, considera-se que existe um sistema de cooperação na sociedade para, a partir dele, se formularem os princípios da justiça.

Para o filósofo norte americano, a conceição de justiça é a base do que denomina de interface consensual. Isto é, “um consenso incluindo todas as doutrinas filosóficas religiosas opostas que podem persistir e atrair adeptos numa sociedade democrática constitucional mais ou menos justa, (RAWLS, 2001, p. 32). A justiça teorizada por Rawls, então, é “uma concepção de justiça a um nível mais elevado” (*Idem* p. 10) e aplicando-se, então, à “estrutura básica da sociedade, ou seja, às principais instituições sociais” (RAWLS, 1999[a], pp. 3, 7-10; RAWLS, 2001, p. 39). Deste modo, entende-se que todos os membros da sociedade contemporânea pensam e praticam a justiça no quadro da filosofia política atual, o que dá a entender que os cidadãos gozam de liberdade e de autonomia e, ao mesmo tempo, sabem reivindicar para si o que tem valor

e o que desejam, para poderem, de um modo livre e autónomo, escolher e atingir os seus fins. Por isso, em uma sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis, ou seja, “cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça” (RAWLS, 1999[a], p. 3).

Para Rawls, pensar sobre a justiça implica uma caminhada no âmbito da filosofia política contemporânea. Foi com base nesta ideia que Brian Barry considerou que Rawls deu um “novo ânimo à Filosofia Política”.¹⁸ Note-se que Rawls teve em conta o pensamento de Platão, Hobbes, Kant e Wittgenstein. De facto, o termo e o conceito de justiça já existem desde estes filósofos, tanto no realismo conceptual platónico como na crítica wittgensteiniana sobre o uso do termo *justiça*. Apesar de Rawls partir de uma noção clássica de justiça, o filósofo considera a existência de um conflito de interesses e a necessidade de encontrar um consenso quanto aos princípios que deverão orientar as relações humanas, ideia esta que se distingue da conceição clássica de justiça. De notar que, face à diversidade de interpretações relativamente ao conceito de justiça, Rawls tenta encontrar um consenso através da ideia de “justice as fairness” (RAWLS, 2001, p. 1). De qualquer maneira, todas as suas ideias são um ato de autodefesa da sua teoria da justiça.

Rawls pretende apresentar uma teoria da justiça que possa ser aplicada nas sociedades contemporâneas, e que seja aceite por todos. Este raciocínio surge no âmbito da política do contrato social. Sabendo que a sociedade, desde o século XIX, se caracteriza por um conflito fundamental entre a conquista económica e a tentativa de alcançar o valor da igualdade, John Rawls aparece como um profeta, abrindo um novo caminho com a sua ideia de justiça justa. Na verdade, ele não é só autor, mas também defensor de uma política justa e de uma teoria da justiça justa.

Rawls, ainda, pretende criar uma teoria da justiça a partir de uma situação ideal, nomeadamente a defesa da liberdade e da igualdade de todos e de cada um. A justiça justa deve ser a esperança de todos os cidadãos contemporâneos, devendo ser desejada e, conseqüentemente, procurada por eles. O filósofo sustenta esta posição através da ideia dos princípios da justiça, baseando-se em dois princípios: *no da equidade e no da diferença*. O primeiro princípio implica uma igualdade nas liberdades fundamentais e na distribuição de certos bens primários, como a renda e a riqueza; o segundo princípio

¹⁸ Leia-se o que diz Barry a respeito de Rawls: “the most original and interesting political philosopher of this century” (BARRY, 1973, p. 3).

procura maximizar o que cabe aos mais desfavorecidos, sendo o alvo dessa maximização o seu bem-estar (devendo os membros da sociedade empenhar-se na concretização deste objetivo). Genericamente, Rawls quer introduzir a ideia de auxílio político. Pretende fazer um apelo político à sociedade, com o propósito de se conseguir uma distribuição justa da felicidade. O exercício das faculdades morais de cada pessoa depende de vários fatos gerais, nomeadamente foco em “as coisas necessárias e exigidas pelas pessoas como cidadãos e seres humanos independentemente de qualquer cooperação normativa, dotada de poderes morais e vistas em factos psicológicos, sociais ou históricos e aproximada na luz da concepção política da pessoa” (RAWLS, 2001, p. 58).

Dessa forma, o fortalecimento das liberdades políticas de justiça para um regime democrático devem ter o valor equitativo e garantido por meio de um sistema eleitoral que se apresenta nos seus próprios termos certos como independente, direito, liberdades e oportunidade que proporcionam a todos os cidadãos a possibilidade de tomarem uma decisão essencial e eficaz das suas liberdades, incluindo a política de reduzir a importância das diferenças económicas e sociais, que possibilita a igualdade de oportunidade e a legitimação do direito.

A sociedade livre e justa constitui-se como a tese fundamental da doutrina de Rawls, como o próprio indica: “a natureza essencial da concepção de justiça está em agrupar-se em uma sociedade livre e justa”.¹⁹ De notar que o adjetivo *justa* remete para a noção política de contrato social, o que, por sua vez, aponta para uma percepção liberal relativamente aos princípios básicos. É necessário saber as regras e os princípios da distribuição dos bens e dos direitos.

É neste âmbito que John Rawls conceitualiza a igualdade na importância do direito para dar destaque positivo à qualidade da justiça e a igualdade dos cidadãos. Todos seres humanos devem ter, a partir, os mesmos direitos e liberdades, porque são moralmente iguais. Cada pessoa deve ter direito igual que seja compatível com um sistema de liberdade idêntico para os outros. Neste sentido, preceito legal situado em consenso, tratada em questão de igualdade política, igualdade de oportunidades, respeito mútuo e garantia de reciprocidade económica.

Assim sendo, a ideia de justiça como respeito pela igualdade de direito de cada um remete para os direitos básicos, para as liberdades e oportunidades, partindo da

¹⁹ RAWLS, John, *Justice as Fairness, A Restatement*, Edited by Erin Kelly, London, 2001, p. xi.

perspetiva de que “todos os homens serão iguais perante a lei” (RAWLS, 1999[b], p. 192), ou seja, todos têm direito como pessoas livres e iguais. Por isso, “todos devem ser satisfeitos igualmente” (Idem, p. 193).

Estabelecer a prioridade das liberdades básicas no contexto social é indispensável para a validação teórica dos princípios da justiça rawlsianos. Olhando para estes princípios, a prioridade do primeiro está em garantir, de forma integral, as faculdades morais das pessoas. Isto significa que podem sustentar, modificar ou abandonar os seus conceitos de bem e de justiça sem deixarem de ter uma vida digna. Rawls acrescenta ainda outra perspetiva. Veja-se:

A justiça diria respeito ao conjunto da vida humana e não apenas a um dos seus segmentos. Deveria repousar em um princípio igualitário assim formulado: todos os valores sociais, liberdades e oportunidades, progressos e riquezas e as bases do respeito a si mesmo – devem distribuir-se igualmente, a menos que uma distribuição desigual de qualquer e de todos esses bens seja vantajosa para todos (RAWLS, 2000[c], p. 6).

A justiça deve ser, então, o grande princípio das instituições sociais e básicas, ou seja, das instituições nucleares, para poder chegar a todos os cidadãos, tanto aos que estão numa posição original quanto aos que estão sob o véu da ignorância. Uma vez que “as desigualdades sociais e económicas podem permanecer mesmo quando o primeiro dos seus princípios da justiça é observado” (GUERREIRO *et al.*, 1997, p. 214), cabe aos indivíduos mais importantes das instituições sociais e públicas compreender e promover os direitos fundamentais.

O ideal da teoria da justiça de Rawls é promover uma distribuição mais equitativa, ou seja, um ideal igualitário. Embora as desigualdades possam existir, elas abrangem diversos aspectos ou “espaços” e incluem bens valorizados pela sociedade (SEN, 2017). Para compreender esses diferentes aspectos, é necessário refletir sobre o seu oposto, a igualdade, o que leva à indagação: “Igualdade de quê?” A busca por essa resposta envolve entender as várias dimensões da desigualdade, como a desigualdade

de renda e riqueza, ou seja, a desigualdade social²⁰ e econômica²¹ e a desigualdade de liberdade²².

Para o filósofo norte-americano, a igualdade de todos os membros da sociedade deve ser promovida e todos eles devem ter os mesmos direitos e liberdades, porque são moralmente iguais. Embora os liberais igualitários estejam de acordo quanto à igualdade das liberdades básicas, eles discordam por vezes quanto à melhor forma de articular a ideia de igualdade num sentido mais substantivo” (ROSAS, 2008, p. 61). Para Rawls, a realização da igualdade democrática é conquistada por “um princípio de oportunidade equitativa” (Idem). Enquanto a distribuição de riqueza de acordo com “o princípio de diferença” (Idem). A partir do conceito de igualdade, Rawls revela sua visão cosmopolita essencial. Independentemente de contexto, a igualdade é um direito que pertence a todo ser humano, em qualquer lugar do mundo. A fronteira da pluralidade dessa noção se define pelo "alcance, local ou universal, dessa mesma igualdade" (Idem).

O conflito entre as reivindicações de liberdade e igualdade tornam conhecido na tradição do pensamento democrático. A atuação do assunto controverso devem ser tratadas nos princípios da justiça e tomando providências na atribuição de direitos e deveres. Acima de tudo, é importante notar que Rawls apresenta sua posição e afirma que:

Os princípios da justiça identificam certas considerações como sendo moralmente pertinentes e as regras de prioridade indicam precedência apropriada quando conflituam entre si, enquanto a concepção da posição original define a ideia subjacente que deve informar as nossas ponderações (RAWLS, 2000[b], p. 56).

²⁰ A desigualdade social está relacionada a função ocupada pelo indivíduo na sociedade que, por sua vez, está interligada ao conjunto de capacidade de uma pessoa que corresponde ao “conjunto de vetores de funcionamentos, refletindo a liberdade da pessoa de levar um tipo de vida ou outro” (SEN, 2017, p. 80).

²¹ A desigualdade econômica é entendida no contexto da desigualdade de distribuição de renda e riqueza, sendo que esta pode propiciar uma falta de capacidade capaz de gerar uma desigualdade social, assim como inverso, a desigualdade social gerar a desigualdade econômica.

²² A desigualdade de liberdade pode ser avaliada de forma separada. É indispensável de notar que a liberdade é um dos bens mais desejado, pois por meio dela se é capaz de alcançar outros bens e quando se pronuncia liberdade devem ser consideradas as liberdades básicas do liberalismo clássico, quais sejam, a liberdade de consciência, de expressão, de movimento, associação e a liberdade dos direitos políticos, num Estado de Direito Democrático.

A liberdade e a igualdade, dois princípios essenciais desde a Revolução Francesa, visam uma justiça justa e rejeitam práticas injustas. Assim, através delas, o bem-estar da sociedade é alcançado e o valor da liberdade é dignificado.

Para praticar a justiça, é necessário conhecer e compreender a própria noção de justiça, sendo para isso determinante a vontade de aprender. De acordo com John Rawls, a justiça deve entender-se do seguinte modo:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas do pensamento. Uma teoria por mais elegante ou parcimoniosa que seja, deve ser rejeitada ou alterada se não for verdadeira; da mesma forma, as leis e as instituições, não obstante serem eficazes e bem concebidas, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas. Cada pessoa beneficia de uma inviolabilidade que decorre da justiça, a qual nem sequer em benefício do bem-estar da sociedade como um todo poderá ser eliminada. Por esta razão, a justiça impede que a perda da liberdade para alguns seja justificada pelo facto de outros passarem a partilhar um bem maior. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos sejam compensados pelo aumento de vantagens usufruídas por um maior número. Assim sendo, numa sociedade justa a igualdade de liberdades e direitos entre os cidadãos é considerada como definitiva; os direitos garantidos pela justiça não estão dependentes da negociação política ou do cálculo dos interesses sociais (RAWLS, 2001, pp. 27-28).

Conforme referido, Rawls aponta a justiça como a primeira virtude das instituições, essencial para se conseguir uma sociedade justa. Com esse intuito, é necessário reconhecer as liberdades e os direitos dos cidadãos, tornando-os definitivos e fundamentais. O que importa garantir é que “as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis e os direitos [dos cidadãos são] assegurados” (RAWLS, 1999[a], p. 3). Se assim for, a primazia da justiça estará, sem dúvida, bem fundada e será, certamente, praticável.

Do que temos vindo a dizer, podemos concluir que a ideia de uma sociedade justa se constitui como o ponto de partida da teoria da justiça rawlsiana. A existência de uma sociedade justa pressupõe que todos os indivíduos são considerados enquanto pessoas e que, além de se privilegiarem os seus direitos, ninguém os infringe. Assim sendo, no âmbito da cooperação social, “exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social” (*idem*: 5). Estes são “os princípios da justiça social” (*idem*), através dos quais se concedem “direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade” (*idem*). Importa salientar que uma sociedade só será justa se, além de garantir a inviolabilidade dos direitos dos indivíduos enquanto pessoas,

proporcionar relações de cooperação entre todos, para se retirar o máximo de vantagens mútuas possíveis. Daí que se reconheçam certas regras de conduta como obrigatórias.

Estas proposições expressam a convicção no primado de uma sociedade bem ordenada. Sem dúvida, a primazia da justiça implica que todos os membros da sociedade sabem e aceitam os princípios aplicáveis. É necessário haver um sentido público de justiça. De acordo com o filósofo norte-americano, trata-se de perceber, em primeiro lugar, que “todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios da justiça e [, em segundo lugar, que] as instituições básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios” (RAWLS, 2000[d], p. 163). Contudo, Rawls considera que “o desejo geral de justiça limita a persecução de outros fins” (*idem*). Não obstante, a justiça para a sociedade e para os seus membros deve continuar a permanecer não só como a base “[d]os vínculos da convivência cívica” (*idem*), mas também como a luz e a imagem da sociedade, tanto das pessoas, como das associações.

A desvalorização da prática da justiça pode originar situações de rivalidade. As situações de rivalidade são tipicamente marcadas por um conflito surgido da discordância relativamente aos distintos conceitos de justiça. De qualquer forma, a diversidade de conceitos mostra que as pessoas têm uma determinada conceição de justiça e, mais do que isso, que entendem o conceito, por isso, é natural pensar [no que] as diferen[tes] concepções de justiça têm em comum” (RAWLS, 2000[b], p. 6).

O conhecimento das várias concepções de justiça significa que existe um entendimento do conceito de justiça, e significa, além disso, uma inovação na compreensão do próprio conceito, o que resulta de um processo de investigação levado a cabo na sociedade contemporânea. Neste âmbito, importa notar que é essencial evitar a desconfiança e as diferenças no respeitante às conceições de justiça, às suas formas justas e injustas, para “garantir que acordos mutuamente benéficos sejam mantidos” (*idem*, p. 7). Com efeito, a qualidade da justiça não se verifica apenas na eficiência do papel distributivo, mas também nas conexões que estabelece com a verdade e com a virtude. Neste ponto, parece-nos relevante lembrar que Hume entende que a justiça pode ser uma “virtude cautelosa e ciumenta” (HUME, 1717, p. 145).

Rawls retoma este tema humano, em termos ligeiramente diferentes. Assim, o filósofo norte-americano pretende mostrar que “de nenhum outro modo se pode conseguir um entendimento mais profundo, e que a natureza e os objetivos de uma

sociedade perfeitamente justa são a parte fundamental da teoria da justiça” (*idem*, p. 10).

O terreno fértil da justiça é a sociedade. A sociedade é o palco da justiça. Partindo deste ponto, deve ter-se em mente que as concepções “justas e injustas, eficientes ou ineficientes, liberais ou não liberais” (*idem*) devem estar completamente enraizadas na “estrutura básica da sociedade” (*idem*). A prática da justiça deve fazer-se com base no princípio da proporcionalidade. Neste cenário, aquilo que se propõe é um exercício mental a todo o ser racional para descobrir princípios justos de convivência.

John Rawls entende a justiça como “um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes [...] e um conjunto de princípios correlacionados com a identificação das causas principais que determinam esse equilíbrio” (RAWLS, 2000[b], p. 11). Trata-se, então, de uma noção de justiça, conforme o ritmo político social, que pretende marcar um ideal social, o ideal da cooperação que foi construída sem gerar o conflito numa sociedade bem-ordenada que garante bens primários aos seus membros e a liberdade de escolherem seguir os seus projetos da vida. Neste sentido, para compreender melhor o conceito de justiça, é necessário definir e compreender a noção de cooperação social. Esta define-se pela “atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres dos indivíduos” (*idem*, p. 10), dando-se a entender que “a justiça social fornece primeiramente um padrão pelo qual se devem avaliar aspetos distributivos da estrutura básica da sociedade” (*idem*).

Rawls, por meio da teoria da justiça, pretende criar uma conceição de justiça suscetível de contribuir para uma nova forma de pensar a relação entre a liberdade individual e a igualdade de direitos. Para chegar a esse ponto, todas as partes, tanto pessoas quanto instituições, devem viver numa sociedade justa e saudável. Consequentemente, o troféu do bem-estar é dado a todos os membros da sociedade ou às instituições. O justo surge, assim, em relação com o bem. Leiam-se, a propósito, as afirmações de Rawls:

Um sistema social justo define o âmbito no qual os indivíduos devem criar seus objetivos e serve de estrutura de direitos de oportunidades e meios de satisfação, dentro da qual e pela qual se pode procurar alcançar esses fins. A prioridade da justiça se explica, em parte, afirmando-se que os interesses que exigem violação da justiça não têm nenhum valor. Não tendo mérito absolutamente nenhum, não podem anular as exigências da justiça (RAWLS, 2001, pp. 41-43).

Desta forma, Rawls está a dar importância, por um lado, à situação de escolha e, por outro lado, à violação da justiça. De facto, a sua teoria da justiça é uma teoria da norma, a partir da qual se defende o estabelecimento e a prática de regras, leis e/ou normas na concretização de obrigações políticas. No caso da escolha, o filósofo norte-americano refere que os indivíduos manifestam diferentes interesses e ideologias e, certamente, concepções distintas sobre o bem e a justiça, o que advém da sua posição original.

A posição original tenta definir as condições das partes que se encontram numa situação de escolha, procurando, da mesma forma, conduzi-las a uma certa concepção de justiça. Neste sentido, a noção de posição original é um instrumento e um elemento primordial da teoria de Rawls. Segundo ele, a posição original deve ser vista como:

Uma situação puramente hipotética, caracterizada de forma a conduzir a uma certa concepção de justiça. Entre essas características essenciais está o facto de que ninguém conhece a sua posição na sociedade, a sua situação de classe ou estatuto social, bem como a parte que lhe cabe na distribuição dos atributos e talentos naturais, como a sua inteligência, a sua força e mais qualidades semelhantes. Parto inclusivamente do princípio de que as partes desconhecem as suas concepções do bem ou as suas tendências psicológicas particulares (RAWLS, 2001, pp. 33-34).

A posição original aparece com o propósito de intensificar os princípios da justiça. De facto, um pacto entre duas ou mais pessoas pressupõe que a escolha dos princípios seja feita com base no critério da equidade. E para isto acontecer, é necessário saber que, na posição original, todos se encontram protegidos. Daí que seja preciso e pertinente definir as condições para reger uma sociedade justa e protegida, condições essas dadas pela posição original.

Em síntese, a ideia de posição original, além de surgir com o intuito de reforçar os princípios da justiça, surge também com o propósito de consolidar uma ideia de justiça que considere a igualdade e a liberdade dos indivíduos, com o fim último de instituir uma sociedade bem ordenada.²³ A posição original permite uma decisão

²³ Uma sociedade bem ordenada pressupõe o entendimento de três coisas: “a primeira que se trata de uma sociedade na qual cada indivíduo aceita e sabe que todos os demais aceitam precisamente os mesmos princípios de justiça; a segunda que todos reconhecem ou há bons motivos para assim acreditar que sua estrutura básica, isto é, suas principais instituições políticas, sociais e a maneira segundo a qual se encaixam num sistema único de cooperação, está em concordância com aqueles princípios; terceira que seus cidadãos têm um senso normalmente efetivo de justiça e, por conseguinte, em geral agem de acordo com as instituições básicas da sociedade que consideram justas. Numa sociedade assim, a concepção publicamente reconhecida de justiça estabelece um ponto de vista comum, a partir do qual as reivindicações dos cidadãos à sociedade podem ser julgadas” (RAWLS, 1996, p. 79).

autónoma no ato de escolha dos princípios da justiça, constituindo-se, por isso, como uma alternativa às teorias de tipo utilitarista e perfeccionista.

2.2. A cartografia da teoria da justiça

Na teoria da justiça, o contrato social é caracterizado como um acordo imparcial entre pessoas livres e racionais, que em uma “posição original de igualdade” e sob um “véu de ignorância, todos desconhecem os interesses, as capacidades e o estatuto social dos demais, definem os princípios de justiça que devem conduzir a sociedade. Os princípios de justiça seriam objeto de consenso nessa situação inicial equitativa. Deste aspecto advém a denominação da teoria de justiça como equidade [*Justice as fairness*]). Basicamente, o filósofo norte-americano situa dois princípios: o primeiro princípio exige a igualdade na atribuição de liberdades básicas, enquanto o segundo princípio afirma que as desigualdades económicas e sociais serão justas apenas se resultam em benefícios para todos, especialmente para os membros menos favorecidos da sociedade (princípio da diferença).

Alguns anos depois, Hart criticará o princípio da liberdade ao chamar a atenção para a forma como, por vezes, restringimos a liberdade para proteger contra danos que não estão relacionados com a privação da liberdade, como a calúnia, a difamação e as publicações que infringem gravemente a privacidade. Ele aponta as falhas e as imperfeições da posição original de Rawls relativamente à determinação da prioridade das liberdades básicas, referindo, nomeadamente, a ausência de um critério satisfatório para ajustar essas liberdades aos demais princípios da justiça. É de notar que, através da crítica, Hart abre o caminho para o filósofo norte-americano rever a sua teoria e para defender as suas ideias centrais, designadamente os princípios da justiça e a posição original. Por conseguinte, o juízo crítico de Hart acaba por ser conveniente, permitindo a Rawls reestruturar e completar a sua teoria.

Não obstante a crítica, o filósofo norte-americano defende a sua teoria, com o propósito de afirmar a veracidade do valor equitativo das liberdades. Ele considera que “as liberdades básicas devem ser pensadas como um sistema coerente, harmónico e prioritário” (RAWLS, 2000[d], p. 302). Em tal caso, o primeiro princípio diz respeito

às liberdades, que distribui por igual²⁴. Apesar da sua teoria dos princípios da justiça, Rawls sustenta que “cada pessoa deve ter um direito igual a um esquema inteiramente adequado de direitos e deveres básicas, compatível com o mesmo esquema para todos” (RAWLS, 2001, p. 42). Portanto, nessa situação, a tarefa do primeiro princípio é a de garantir que as pessoas desenvolverão suas faculdades morais de maneira plena, tal como sustentar, modificar, e/ou abandonar suas concepções de bem e de justiça (RAWLS, 2000[d], p. 302). O exercício dessa virtude depende diretamente do fortalecimento das liberdades políticas para tratar e assegurar a prática da equidade, por uma lado, e diminuir as importâncias de diferenças económicas e sociais até viabilize a igualdade de oportunidade de ter o emprego de grande valor na legitimação do direito.

Rawls defende o direito da qualidade da justiça e de os cidadãos serem iguais, bem como de uma cidadania igual para todos. Note-se que, na questão da igualdade, o filósofo dá mais ênfase às dimensões política, económica e social. Segundo Rawls, o conhecimento da justiça como equidade remete para os direitos básicos, para as liberdades e oportunidades de todos os cidadãos.

O pensamento de Rawls baseia-se, então, [n]o clamor de autodefesa para os princípios da liberdade e da igualdade, sendo que todos eles devem integrar o sistema jurídico. Como sabemos, o objeto da justiça, segundo Rawls, é a “estrutura básica da sociedade” (RAWLS, 2001, pp. 4, 10 e 14), e a sociedade é o lugar onde se desenrola a atividade da justiça. Para o filósofo norte-americano, a prática das coisas, na sua convivência, pode ser justa ou injusta: “não somente as leis, as instituições e os sistemas, mas também determinadas ações, decisões, julgamentos, imputações, atitudes e disposições das pessoas, e as próprias pessoas” (RAWLS, 2000[b], p. 7). Deste modo, a prática justa ou injusta pode acontecer em termos coletivos ou particulares, e relaciona-se com a definição dos direitos e deveres fundamentais. A ordem de determinação destes direitos e deveres provém das “instituições sociais mais importantes” (*idem*, p. 8), que “definem e distribuem direitos e deveres dos homens e influenciam seus projetos de vida” (*idem*, pp. 7-8).

²⁴ In the two principles of justice should be read as such as (a) “Each person has the same infeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all ; and (b) Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least-advantaged members of society (the difference principle), (RAWLS, 2001, pp. 42-43).

A estrutura básica da sociedade pode observar-se em várias posições sociais e em distintos contextos: “homens nascidos em condições diferentes, expectativas de vida diferentes, [n]o sistema político bem como [em] circunstâncias económicas e sociais [distintas]” (*idem*, p. 8). Todas estas condições devem funcionar a partir de um princípio, que, de acordo com Rawls, é o princípio da justiça.²⁵ Do ponto de vista formal, todas as políticas públicas devem basear-se na lei, o seu conteúdo deve ser bom e justo, e devem ser implementadas democraticamente.

No que concerne ao raciocínio justo, para este ser aplicado na escolha dos princípios da justiça, deve tentar procurar-se a máxima vantagem para todos, sem que alguém fique prejudicado. Isto significa que qualquer ser inteligente deverá basear as suas posições em duas condições: por um lado, ser favorável a um princípio que assegure e proteja os direitos fundamentais dos indivíduos; por outro lado, optar por um princípio que garanta vantagens para todos e para cada um, independentemente da posição mais ou menos privilegiada de cada indivíduo na sociedade. Ora, isto deve ser compreendido no contexto dos princípios da justiça rawlsianos, sendo o primeiro o da igual liberdade e o segundo o da diferença.

Com isso, a ideia dos princípios rawlsianos tem por base o princípio da igualdade: a igualdade na consideração dos interesses dos indivíduos, que usualmente se agrupam num conjunto de liberdades básicas, tais como a liberdade de pensamento, de expressão e de reunião, ou o direito à propriedade privada e à proteção do voto. Este conjunto de liberdades básicas e iguais para todos os indivíduos está definido no acordo original. Neste sentido, a igualdade é vista como uma propriedade de base atribuída a todos os que se colocam dentro do círculo da cidadania, ou seja, todos estão em condições de justa igualdade de oportunidades.

²⁵ Os princípios da justiça são “reforçados através do argumento da posição original” (ROSAS, 2004, p. 95) e são escolhidos a coberto de um véu de ignorância. Ela é um instrumento e trata-se, portanto, de um argumento autónomo de escolha entres os princípios de justiça e outras concepções alternativas, como as de tipo utilitarista, mas também o perfeccionismo, o intuicionismo (ROSAS, 2004, p. 96). A ideia de posição original é inspirada pelo imaginário, aliás ela não existe de fato na sociedade, nem explica e nem o que é. Assim se garante que ninguém é beneficiado ou prejudicado na escolha daqueles princípios, tanto pelos resultados do acaso natural quanto pela contingência das circunstâncias sociais. Uma vez que todos os participantes estão em situação semelhante e que ninguém está em posição de designar princípios que beneficiem a sua situação particular, os princípios da justiça são o resultado de um acordo ou negociação equitativa (*fair*). Dadas as circunstâncias da posição original, a simetria das relações que entre todos se estabelecem, esta situação inicial coloca os sujeitos, vistos como entidades morais, isto é, como seres racionais com finalidades próprias e – parto desse princípio – capazes de um sentido da justiça, numa situação equitativa (RAWLS, 2001, p. 34).

Dos dois princípios supracitados, cada um deles aplica-se a uma parte da estrutura básica. Ambos dizem respeito, por um lado, aos direitos, às liberdades e oportunidades básicas e, por outro lado, à procura da igualdade. São princípios que pretendem traduzir uma realidade, tanto nas instituições públicas como nas instituições privadas. Na esfera pública, funcionam como argumentos para a rejeição da escravidão, a defesa da tolerância religiosa, a proteção dos direitos humanos, a proteção da identidade e das crenças públicas, incluindo das tradições históricas. Estas são circunstâncias ainda no âmbito da ação da justiça, que protegem os princípios básicos numa sociedade contemporânea. Por isso, as próprias políticas públicas continuam a assegurar estes princípios básicos. Só assim a vida do ser humano poderá continuar a ser agradável.

O ponto central do princípio da justiça resulta da cultura política pública de um regime constitucional, porque este regime deve ser aceitável, de modo a garantir uma vida saudável na sociedade. Neste sentido, pode admitir-se que a justiça como equidade (preconizada na teoria de Rawls) pode ser alcançada quando uma concepção política pública é encontrada e aceite pela coletividade. Assim, todos os cidadãos tiram vantagens das suas vivências sociais com outros cidadãos e conseguem entender bem o que são práticas justas e injustas.

Poder-se-á dizer, então, que Rawls apresenta uma concepção especial de justiça através dos dois princípios referidos. O primeiro, que ocupa um lugar prioritário, diz respeito às oportunidades, ou seja, as desigualdades existentes na sociedade terão de ser, de alguma forma, para benefício de todos, mas também se associam à mobilidade social, isto é, ao acesso generalizado a diferentes funções e posições. Quanto ao segundo princípio, com base no qual Rawls formulou os argumentos sobre a desigualdade, nomeadamente sobre as desigualdades económicas e sociais, este foca-se, sobretudo, na diferença.²⁶

²⁶ “O princípio da diferença representa, com efeito, um acordo quanto ao facto de se encarar a distribuição dos talentos naturais como, sob certos aspetos, um bem comum, e quanto à partilha dos maiores benefícios económicos tornados possíveis pela complementaridade dessa distribuição. Aqueles a quem a natureza favoreceu, sejam eles quem forem, podem beneficiar da sua sorte apenas de modo a beneficiar situação dos que não a tiverem. [...] Ninguém merece a sua maior capacidade natural tal como se não merece uma melhor posição inicial na sociedade. [...]. O sistema social não é uma ordem imutável, para lá do controlo humano, mas um padrão de ação humana. Na teoria da justiça como equidade, os homens acordam em aproveitar os incidentes da natureza e as circunstâncias sociais apenas quando tal resulta em benefício de todos. Os dois princípios são uma forma equitativa de contrariar a arbitrariedade da sorte e, embora sejam sem dúvida imperfeitas quando analisadas sob outros ângulos, as instituições que satisfazem estes princípios são justas” (RAWLS, 2001, p. 96).

2.3. O panorama da justiça segundo Rawls

A sociedade contemporânea é caracterizada pela sua dimensão democrática, sendo ocupada por cidadãos, livres e iguais, que convivem numa atmosfera global e cooperativa. A vida em sociedade deve orientar-se por um padrão estabelecido, sendo que uma boa vida só acontece se a sociedade estiver bem organizada. Trata-se, na linguagem de John Rawls, “[d]a estrutura básica da sociedade” (RAWLS, 1999[a], pp. 6-10 e 32, 38, 53-54), o principal objeto dos princípios da justiça.

Uma sociedade bem organizada é uma sociedade onde os cidadãos são livres e iguais perante a lei. A regra é, portanto, uma arma, ou seja, um instrumento para proteger todos os bens. Ademais, a própria lei é promotora de justiça. A justiça pode ser medida a partir de uma ação social, tanto na distribuição das necessidades básicas como dos bens primários, sendo que essa ação deve ser garantida pela lei. Neste caso, a veracidade e a validade da lei devem ser mantidas, aplicáveis e indispensáveis. A prática da justiça, no palco da sociedade, é o reflexo de uma conceição geral da justiça.

Rawls tem como ponto de partida a exposição das “diversas evoluções do entendimento de justiça” (RAWLS, 1971, p. 124): o conceito originário, as concepções mistas – tais como as concepções teleológicas clássicas e as instituições (MOUFFE, 1996, pp. 73-74; MAFFETONE, 1996, p. 349) – e as *egoistic conceptions*, que levam o individualismo ao extremo, e dessa realidade dá oportunidade ao filósofo norte-americano para tomar um desfecho que a noção egoístico não dá mais outra alternativa (RAWLS, 1971, p. 136). Em relação à distribuição dos bens sociais primários, o filósofo norte-americano sustenta que:

Todos os valores sociais, liberdade e oportunidade, rendimento e riqueza, e as bases sociais do respeito próprio devem ser distribuídos igualmente, salvo se uma distribuição desigual de algum desses valores, ou de todos eles, redunde em benefício de todos (RAWLS, 1971, p. 69).

Esta concepção, de um modo geral, aplica-se à estrutura básica da sociedade, ou seja, às principais instituições sociais. É uma noção que contém as ideias fundamentais para garantir uma sociedade bem ordenada e para considerar “a justiça como equidade” (RAWLS, 2001, p. 13).

A justiça como equidade faz parte de um sistema cooperativo e de uma concepção liberal igualitária da justiça, para tratar os princípios da justiça e defendê-los de formas distintas. Ela constitui uma visão liberal e posteriormente, é uma teoria política. Daí que a visão do filósofo norte-americano seja considerada institucionalista e processual, e a sua noção de justiça adequada ao contexto pluralista que caracteriza as sociedades democráticas. De facto, segundo Rawls, a teoria da justiça como equidade não propaga nenhuma concepção específica do bem, nenhuma doutrina particular, sendo mais apropriada numa conjuntura pluralista.

O entendimento da justiça como equidade remete para os direitos básicos, para as liberdades e oportunidades, e para a capacidade de os garantir a todos os cidadãos. A justiça deve ocupar-se apenas dos valores mais fundamentais na cooperação social, aquilo que Rawls designa por “bens sociais primários” (RAWLS, 2001, p. 59): “direitos, liberdades, oportunidades, poderes, riquezas e os rendimentos” (*idem*, p. 58). São bens produzidos pelas instituições sociais, portanto, são sociais.

Do ponto de vista contratualista, “a estrutura da sociedade é o objeto primeiro da justiça” (RAWLS, 1996, p. 309). Os princípios da justiça aplicam-se em conjunto para distribuir os benefícios e encargos da vida em sociedade, aquilo a que Rawls chama, precisamente, a estrutura básica.²⁷ A concepção de justiça assenta, portanto, nesta ideia de estrutura básica, ordenada conforme os princípios selecionados na posição original. A existência dos princípios da justiça é, portanto, sustentada pelos argumentos da posição original.

2.3.1. A topografia da posição original

A posição original constitui-se como um dos aspetos mais importantes da teoria da justiça de Rawls. É um elemento central que tem como objetivo dar ênfase aos princípios da justiça e a um conceito de justiça que considere as ideias de igualdade e liberdade dos indivíduos, no sentido da cristalização de uma sociedade bem ordenada. Da mesma forma, refere-se a uma expressão do pensamento sem a interferência de outrem, “num ato de escolha entre os princípios acima apresentados, e de outra noção que dá mais possibilidades para se poder optar pelo qual as de tipo utilitarista, mas

²⁷ “A estrutura básica é entendida como a maneira pela qual as principais instituições sociais se encaixam num sistema, e a forma pela qual essas instituições distribuem os direitos e deveres fundamentais e moldam a divisão dos benefícios gerados pela concepção social” (RAWLS, 1996, p. 309).

também a tendência de obstinar-se em fazer as coisas com o grau máximo de virtude, aliás perfeição”.²⁸

A intuição da ideia de justiça e os dois princípios da justiça representam a resposta mais adequada para o desafio da escolha racional, ou seja, a "solução para o problema da escolha apresentado pela posição original" (RAWLS, 1999, pp. 102-103). Daí, podemos formular a concepção geral de justiça, como se segue:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, rendimento e riqueza, as bases sociais do respeito próprio – devem ser distribuídas igualmente, salvo se uma distribuição desigual de alguns desses valores, ou de todos eles, redunde em benefícios de todos” (RAWLS, 1971, p. 69).

Ao considerar a intuição básica de justiça como equidade, bem como a preocupação das pessoas racionais em relação à posição da igualdade e aos seus interesses no contexto da associação, observa-se que os conhecimentos, crenças, interesses e acordos sobre os princípios devem ser garantidos por cada indivíduo para alcançar seus fins. Nesse sentido, “todos os outros devem ser obrigados a agir com justiça, e as formas de egoísmo seriam rejeitadas” (RAWLS, 1999, p. 103). Assim, “os dois princípios parecem ser uma proposta razoável” (Idem).

A noção de posição original é “meramente instrumental (ESPADA; ROSAS, 2004, p. 95) e sobrevém para “reforçar os argumentos da posição original” (*idem*). Além disso, é “inspirada pelo imaginário contratualista mas, diferentemente [...] da teoria do contrato social, tem um caráter meramente hipotético” (*idem*, p. 96). É considerada de um modo supositício e funciona como um aparelho de representação para os cidadãos de uma sociedade democrática.²⁹ Importa salientar uma característica especial da posição original: a de garantir a equidade da escolha e afastar a parcialidade. Note-se que, neste caso, as ideias de Locke, Rousseau e Kant foram tidas em

²⁸ Contrariamente aos princípios da justiça de Rawls, o princípio da utilidade requer a maximização do bem-estar social, geralmente medido pela satisfação das preferências racionais dos indivíduos envolvidos. Por sua vez, o perfeccionismo erige uma concepção particular de uma vida boa como ideal a promover politicamente. Por fim, na concepção de Rawls, o intuicionismo é um aviso segundo o qual as reivindicações de justiça devem ser decididas numa base casuística, mobilizando em cada caso os princípios intuitivamente mais adequados e não previamente hierarquizados.

²⁹ “A ideia da posição original [existe] como dispositivo de representação e condições justas sob as quais os representantes dos cidadãos, visto apenas como pessoas livres e iguais, e devem concordar com os termos justos de cooperação social através dos quais a estrutura básica deve ser regulada existe de facto na sociedade, nem explícita, nem – o que é mais raro na tradição contratualista – implicitamente” (RAWLS, 2001, pp. 81-82).

consideração.³⁰ Talvez esta tradição tenha sido a base para o filósofo norte-americano tomar a sua própria posição. A propósito, leiam-se as suas palavras:

A ideia da posição original é estabelecer um processo equitativo, de modo que quaisquer princípios aceites sejam juntos. O objetivo é usar a noção de justiça procedimental pura como fundamento da teoria. De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posição de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício. Com esse propósito, assunto que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar seu caso particular e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais (RAWLS, 1971, pp. 146-147).

Com vista ao entendimento equitativo, as partes, na posição original, devem escolher a melhor política, escolha essa que deve apoiar-se na prática do pensamento político. De facto, a política da equidade e da justiça entre os indivíduos, ou seja, entre todas as partes, deve ser favorecida.

As partes, na posição original, estão sob um expresso véu de ignorância e são dotadas de racionalidade instrumental. Portanto, as condições da posição original, segundo Rawls, baseiam-se em restrições amplamente aceites e razoáveis. A partir de ambas, advém a justificação das estipulações da posição original. A inferência da posição original vê-se na “regra *maximin* para a decisão racional em condições de incerteza” (RAWLS, 1971, p. 152). Esta estratégia é a mais adequada para a tomada de uma decisão racional em circunstâncias do véu da ignorância. Mais do que isso, Rawls afirma que “a posição original tem um papel mediador e serve para vincular a concepção-modelo da pessoa moral aos princípios de justiça que caracterizam suas relações entre cidadãos na concepção-modelo da sociedade bem ordenada” (RAWLS, 2000[d], p. 53). A escolha racional dos princípios da justiça será isenta de arbitrariedades. Neste ponto, importa considerar a noção de pessoa de acordo com Rawls. Para isso, debrucemo-nos na indicação do próprio autor:

Supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de factos particulares. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua

³⁰ Não confundir com a tradição que começa em Hobbes e que visa retirar asserções morais da pura consideração dos interesses individuais e da razão instrumental, ou seja, sem ter em conta o ponto de partida moral de uma teoria como a rawlsiana, assente na igual consideração dos indivíduos ou cidadãos como agentes morais. Aliás, a língua inglesa permite uma distinção clara entre estes dois tipos de teorias, usando a palavra *contractaria* para a teoria neo-hobbesiana e a palavra *contratualista* para uma teoria como a de Rawls, mas de carácter lockeano.

inteligência e força, e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção de bem, as próprias de seu plano de vida racional, e nem mesmo os traços caraterísticos de sua psicologia [...]. mais ainda, tomar como aceitável que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua sociedade. Ou seja, elas não conhecem a posição económica e política dessa sociedade, ou o nível de civilização e cultura que ela foi capaz de atingir. As pessoas na posição original não sabem a qual geração pertencem [...] a fim de levarem adiante a ideia da posição original, as partes não devem conhecer as circunstâncias que as colocam em oposição (RAWLS, 2000[c], p. 147).

Assim, as partes preferem princípios que assegurem um conjunto inegociável de direitos e deveres iguais para todos. Os princípios da justiça garantem a possibilidade de se perseguir qualquer concepção do bem compatível com a justiça. Na teoria da determinação do preço de uma mercadoria, por exemplo, “o equilíbrio dos mercados competitivos é visto como algo que emerge quando muitos indivíduos, cada um promovendo seus próprios interesses, chegam a um consenso. Por isso, o equilíbrio é o resultado de acordos livremente estabelecidos entre comerciantes dispostos.” Dessa forma, o direito e a liberdade de cada pessoa, assim como dos outros, podem ser alcançados, e seus interesses, promovidos.

Nesse contexto, a teoria do preço busca explicar os movimentos do mercado por meio de suposições sobre as tendências reais em ação, enquanto, filosoficamente, a interpretação favorecida da situação inicial incorpora condições que são consideradas razoáveis para a aplicação dos princípios. Ao mesmo tempo, a teoria social caracteriza essa situação de maneira que os princípios escolhidos sejam moralmente aceitáveis. Assim, a posição original é “definida de tal forma que configura um status quo em que quaisquer acordos alcançados são justos e [...] as partes são igualmente representadas como pessoas morais” (RAWLS, 1999, p. 104). Portanto, a justiça como equidade “é capaz de utilizar a ideia de justiça processual desde o início” (Idem).

A concepção da posição original busca explicar nossos juízos morais e ajudar a esclarecer nosso senso de justiça. Nesse sentido, a posição original é uma situação puramente hipotética, e a justiça como equidade se configura como uma teoria dos nossos sentimentos morais, manifestados por nossos juízos, que são considerados em equilíbrio reflexivo.

2.3.2. O conhecimento inicial da estrutura básica

Como supramencionado, Rawls entende a “estrutura básica da sociedade como o objeto primeiro da justiça” (RAWLS, 1996, p. 309), o que permite dizer que o filósofo norte-americano tem um ponto de vista contratualista. “A visão contratualista começa com a tentativa de elaborar uma teoria da justiça para [um] caso especial, mas de importância indubitável, e a concepção de justiça resultante tem uma certa primazia reguladora com a consideração e critérios apropriados para os outros casos” (RAWLS, 2000[c], p. 309).

Numa concepção geral, a estrutura básica da sociedade é um conjunto de regras ou, mais exatamente, de leis. Pela sua natureza, a lei é indispensável e determinante para a existência de um ser humano ao longo de toda sua vida. É importante notar que, de uma estrutura básica for justa, então, a sociedade também será justa.

Uma sociedade justa é aquela que tem uma constituição justa, isto é, uma constituição com a sua raiz no primeiro princípio da justiça. Significa isto que o respeito pelas liberdades básicas, o processo político e o regime democrático estão de acordo com o primeiro princípio da justiça. Nesta circunstância, Rawls pretende, por um lado, salientar a importância da consciência da liberdade e, por outro lado, do respeito pela prática da liberdade em si. Para tal, considera indispensável o valor da liberdade política, que deve ser garantido mediante um tratado, com o objetivo de igualizar o acesso à educação e à cultura, conforme o princípio da diferença dos distintos indivíduos, e para pôr em prática o sistema de liberdades básicas iguais para todos. É assim que, para o filósofo norte-americano, os direitos dos cidadãos são assegurados numa sociedade justa. Daí que a negociação política e o cálculo de interesses tenham de ser marginalizados.

Rawls considera que o que é justo ou injusto está em rivalidade. Veja-se:

Há um conflito de interesses porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua são distribuídos, pois para perseguir seus fins, todos preferem uma participação maior a uma menor (RAWLS, 2001, p. 5).

Empiricamente, podemos dizer que a sociedade contemporânea se encontra num complexo processo de desenvolvimento, que exige uma luta pela vida, e no âmbito do qual surgem situações de disputa, guerra, bem como tensões sociais, económicas e

políticas e conflitos de interesses. Por isso, a existência do ser humano está marcada pelo conflito de interesses, que é dominante. Neste sentido, Rawls considera que a procura por uma vida melhor começa em esforço. De facto, o filósofo norte-americano afirma que “Há uma afinidade de interesse para que tenha uma vida melhor da que tem qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços” (RAWLS, 2002[a], p. 4).

A sociedade, para Rawls, é justa quando os seus membros – a pessoa ou o indivíduo – são considerados como uma pessoa única, unificada, solidária e racional. A existência de cidadãos razoáveis e racionais é fundamental na conceição de sociedade justa de Rawls. Segundo ele, o cidadão racional é um agente único e unificado com uma capacidade de julgamento e de deliberação, que busca realizar os seus fins e interesses particulares, sabendo que “cada pessoa se encontra ao nascer numa posição particular dentro de alguma sociedade específica, e a natureza dessa posição afeta substancialmente suas perspectivas de vida” (RAWLS, 1999[a], p. 12). Além disso, a ação racional aplica-se também à escolha dos meios e, nesse caso, o ato escolha é “norteando por princípios conhecidos, como adotar os meios mais eficientes para os fins em questão ou selecionar a alternativa mais provável, permanecendo constantes as demais decisões” (RAWLS, 2002[a], p. 94).

Para tornar mais claro o conceito de ação racional, ou seja, de escolha racional, Rawls demonstra que uma verdade deve ser apresentada como um preceito, do seguinte modo:

Primeiro, adoção de meios eficazes para atingir fins; segundo, a escolha entre diferentes fins últimos em função da sua importância para o nosso projeto de vida em seu conjunto; terceiro, a sua compatibilidade e a sua complementaridade relativas, e quarto, o facto de atribuir mais peso às consequências mais prováveis (RAWLS, 2002[a], p. 67).

Note-se que a ação de escolha se faz com base em interesses pessoais, contudo, nem sempre estes interesses são em benefício próprio: “nem todo o interesse implica benefícios para as pessoas que o têm. O que os agentes racionais não têm é a forma particular de sensibilidade moral subjacente ao desejo de se engajar na cooperação equitativa enquanto tal” (RAWLS, 2000[c], pp. 94-95).

Relativamente à posição das pessoas razoáveis, o filósofo norte-americano indica que:

Pessoas razoáveis são aquelas dispostas a propor, ou a reconhecer quando os outros propõem os princípios necessários para especificar o que pode ser considerado por todos como termos equitativos de cooperação. Pessoas razoáveis também entendem que devem honrar esses princípios, mesmo às custas de seus próprios interesses se as circunstâncias o exigirem (RAWLS, 2003, p. 9).

Importa considerar que o razoável é “um elemento da ideia de sociedade como um sistema de cooperação equitativa, e que seus termos equitativos sejam razoáveis à aceitação de todos, faz parte da ideia de reciprocidade” (RAWLS, 2000[c], p. 93). Além disso, Rawls defende que “as pessoas [são] racionalmente autônomas” (*idem*, p. 111), ou seja, “o bem de uma pessoa é determinado pelo que é para ela o mais racional plano de vida ao longo prazo, dadas circunstâncias razoavelmente favoráveis” (RAWLS, 2000[b], p. 98). Portanto, nessa situação, todos têm um projeto e cada um tem um sentido efetivo da justiça. Assim, há um ponto comum na descrição dos conceitos de razoável e racional: “sem as concepções do bem que mobilizam os membros do grupo, a cooperação social não teria sentido algum, como tampouco o teriam as noções de justo e de justiça” (*idem*, p. 69).

A doutrina da justiça exige um conjunto de princípios justos, que se constituem como o fio condutor de qualquer ação, tal como a reivindicação de direitos e deveres, nas instituições básicas da sociedade e em grupos sociais; ou as atividades de atribuição, nomeadamente a “distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social” (RAWLS, 2002[a], p. 5). É por isso que, segundo Rawls, as instituições devem ter um papel na estrutura básica, com o fim de garantir condições justas no contexto social. Rawls sustenta que, se a “estrutura básica não for regulada e ajustada, o processo social deixará de ser justo, por mais justas e equitativas que possam parecer as transações particulares consideradas separadamente” (*idem*, pp. 13-14).

Sabemos que a estrutura básica é o objeto primário da justiça, ponto de vista que o filósofo norte-americano apresenta tendo por base alguns factos ocorridos nas sociedades contemporâneas. De entre esses factos, queremos centrar-nos agora nas diversas posições sociais na estrutura básica da sociedade. Por outras palavras, a estrutura básica está fundada num contrato social, e o fim desse contrato é o de garantir que a sociedade é uma estrutura bem organizada e cooperativa. Para isso, os membros da sociedade estão empenhados num resultado de comunhão de ideias hipotéticas e devem, além disso, obedecer aos critérios existentes. Um deles pressupõe que os cidadãos são vistos como membros da sociedade, pessoas morais, livres e iguais, e não

como indivíduos isolados; que nascem em posições diferentes e têm expectativas de vida distintas, marcadas pelos sistemas políticos, económicos e sociais. Ora, esta ideia é compatível com os primeiros princípios aclamados por John Rawls, cuja meta consiste no estabelecimento de liberdades fundamentais e equitativas.

As desigualdades, por um lado, afetam os seres humanos na estrutura básica desde o início das suas vidas e, por outro lado, tornam necessária a aplicação prioritária dos princípios da justiça. Como tal, segundo Rawls, a justiça é “a estrutura base da sociedade e a primeira virtude das instituições sociais”³¹. “Rawls adota um conceito da justiça numa esquema social. A justiça de um esquema social “depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades económicas e condições sociais que existem nos vários sectores da sociedade” (RAWLS, 2002[a], p. 8). É por isso que a justiça, para Rawls, é entendida no âmbito da existência de uma estrutura básica ordenada em conformidade com os princípios selecionados na posição original.

2.3.3. Os princípios da justiça

Os princípios da justiça de Rawls podem perceber-se mediante a sua obra *Uma Teoria da Justiça*, que marca uma viragem indispensável: a quebra da teoria utilitarista e o avanço da teoria da justiça, precisamente devido à criação dos princípios da justiça. Para Rawls, os princípios da justiça são a “primeira virtude de uma sociedade bem ordenada e os direitos individuais que esses princípios requerem não são negociáveis em função de qualquer acréscimo de utilidade ou de bem-estar no conjunto da sociedade” (RAWLS, 2003, P. 56).

Sendo o primeiro objeto dos princípios da justiça social a estrutura básica da sociedade, com o propósito de conseguir uma sociedade bem ordenada, a meta dos princípios da justiça é, de acordo com a doutrina de Rawls, a equidade, ou seja, a igualdade de direito de cada um na sociedade. Parte-se, portanto, de uma noção geral de justiça, segundo a qual, recuperando uma citação já transcrita, “todos os valores sociais, liberdade e oportunidade, rendimento e riqueza, e as bases sociais do respeito

³¹ Justice, the basic structure of society (...) Justice is the first virtue of social institutions (...) laws and institutions, no matter how efficient and well arranged must be reformed and abolished if they are unjust. Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override” (RAWLS, 1971, p. 3).

próprio devem ser distribuídos igualmente, salvo se uma distribuição desigual de algum desses valores, ou de todos eles, redunde em benefício de todos” (RAWLS, 1971, p. 67).

Neste sentido, Rawls apresenta também uma noção particular de justiça, que distingue dois princípios:

Primeiro, cada pessoa deve ter direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idênticas para as outras. (RAWLS, 1971, p. 68)

Segundo, as desigualdades económicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente: a) se possa razoavelmente esperar que elas sejam em benefício de todos; b) decorram de posições e funções às quais todos têm acesso. (*idem*, p. 84).

Com base nesta formulação, pode concluir-se que há diferenças entre os dois princípios. Quanto ao primeiro, que tem um lugar mais importante, este determina que, em caso de pobreza absoluta numa sociedade, a distribuição da liberdade, ou seja, a distribuição dos bens sociais primários, deve ter como prioridade a população mais vulnerável.

Em circunstâncias normais, a liberdade é um conjunto de medidas que visam garantir a integridade e a perenidade de outros valores. Na verdade, não faz sentido estar a pôr em risco os bens sociais primários. Esta conceção especial determina que, em caso de desigualdades económicas, deve efetuar-se a separação entre os dois princípios, e distinguir-se o primeiro princípio, que diz respeito às oportunidades. Deste modo, as desigualdades existentes na sociedade terão de ser, de alguma forma, para benefício de todos, mas também estão associadas a ações de mobilidade social.

O primeiro princípio da justiça pode ser designado por princípio da liberdade. A liberdade, neste sentido, não é considerada num sentido metafísico, mas num sentido político.³² Leia-se o excerto de Rawls:

O valor das liberdades políticas para todos os cidadãos, qualquer que seja a sua situação social ou económica, deve ser aproximadamente igual ou pelo menos suficientemente igual; no sentido de que cada qual tenha uma oportunidade equitativa de ocupar uma função pública e de influenciar no

³² Segundo a lista das liberdades, o autor afirma que “as mais importantes entre elas são a liberdade política, (expressada no direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física; o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, em conformidade com o conceito de estado de direito” (RAWLS, 2000[b], p. 65).

resultado das decisões políticas. Essa noção de oportunidade equitativa acompanha a de justa igualdade das oportunidades no segundo princípio da justiça. Quando adotam a propriedade da liberdade, os parceiros na posição original compreendem que as liberdades políticas iguais para todos são tratadas de maneira particular, quando julgamos o caráter apropriado da combinação da liberdade e da igualdade numa só noção, devemos ter em mente o lugar específico das liberdades políticas nos dois princípios da justiça (RAWLS, 2002[b], p. 178).

Do ponto de vista hermenêutico, esta abordagem destaca a importância da garantia da liberdade das pessoas. Deste modo, a liberdade³³ deve entendida de forma plural, ou seja, como um conjunto de liberdades que devem ser igualmente distribuídas, como um sistema que tem de ser conciliado: por exemplo, a liberdade de expressão de uns tem de ser compatibilizada com o direito ao bom nome de outros. Em suma: todas as liberdades levantam um problema de compatibilização, daí a ideia de um sistema de liberdades.

O sistema das liberdades básicas é para todos, e pode apresentar duas formas, uma de natureza dedutiva e outra de natureza histórica. De um ponto de vista dedutivo, é necessário ponderar que liberdades que devem ser atribuídas aos cidadãos enquanto sujeitos morais iguais. De um ponto de vista histórico, importa recorrer à experiência do constitucionalismo moderno e aos chamadas direitos das liberdades. As liberdades básicas dão origem, por um lado, à liberdade de pensamento e de consciência e a outras liberdades da pessoa, como a liberdade de expressão e de reunião e, por outro lado, à proteção face à prisão arbitrária, à propriedade privada, ou ao princípio geral do império da lei (*rule of law*). Do mesmo modo, consideram-se também as liberdades políticas, que são a essência da constitucionalidade moderna e uma questão essencial para a proteção de qualquer cidadão dotado dos seus poderes morais básicos.³⁴

O segundo princípio da justiça é particularmente complexo, sendo que a sua complexidade reflete a existência de desigualdades económicas e sociais em qualquer sociedade. Implicitamente, parece claro que a existência de desigualdades numa

³³ Tradução nossa: “The equal basic liberties in this principle are specified by a list as follows: freedom of thought and liberty of conscience; political liberties and freedom of association, as well as the rights and liberties specified by the liberty and integrity of the person; and finally, the rights and liberties covered by the rule of law” (RAWLS, 2001, p. 44).

³⁴ A relação entre a teoria e a experiência histórica é pouco explorada por Rawls em *Uma Teoria da Justiça* e apenas brevemente explorada no *Liberalismo Político*. No entanto, ela parece-nos essencial. Depois da experiência do constitucionalismo liberal e, muito especialmente, da luta contra o totalitarismo no século XX, uma conceção de justiça que ignore as liberdades e a propriedade deveria, pura e simplesmente, ser afastada pela sua incapacidade de honrar a nossa história recente. Mas, na prática, não é isso que acontece. São os cidadãos das sociedades livres que, muitas vezes, menor valor atribuem às liberdades e à sua propriedade.

sociedade tem pelo menos uma vantagem, porque permite uma análise crítica e um consequente entendimento, indispensáveis para assegurar uma sociedade perfeitamente estruturada e igualitária. Desta forma, a política de incentivos deverá ser excluída.

As desigualdades dão início ao caminho de fixação do acesso às diversas funções e posições sociais. Portanto, de um ponto de vista afirmativo, a existência de desigualdades contribui para a criação de uma modalidade de igualdade de oportunidades. A igualdade de oportunidades deve ser garantida pelo Estado, tal como no caso do acesso à educação. Neste contexto específico, o filósofo norte-americano apresenta uma noção que diz respeito à *igualdade equitativa de oportunidades*. Trata-se de uma política que tenta promover o ato de não discriminação, garantir o princípio de carreiras abertas e a igualdades de oportunidades; no sentido equitativo, tem em conta os diferentes pontos de partida dos indivíduos e procura retificá-los mediante a própria configuração das situações.

Por conseguinte, a modalidade do pensamento das desigualdades pretende, por um lado, promover um princípio de não discriminação legal, definido pelas políticas atuais e, por outro lado, beneficiar as partes, pois todos têm o mesmo conhecimento relativamente à existência de situações de desigualdade.

A ideia da igualdade de oportunidades define-se a partir da ideia de igualdade equitativa. Ademais, o filósofo norte-americano apresenta a teoria moral fundamental que fundamenta a seguinte situação: os indivíduos não são moralmente responsáveis pelas circunstâncias do seu nascimento e por nascerem numa família de perfil socioeconómico baixo ou alto. Trata-se de uma exposição arbitrária do ponto de vista moral.

2.4. A defesa e a resposta de Rawls à crítica da teoria de justiça

Como mencionado anteriormente, Hart foi um dos filósofos contemporâneos, dentre imensos autores e filósofos, a fazer uma crítica a John Rawls após a publicação da sua obra *Uma Teoria da Justiça*. A crítica partiu de uma interpretação dos princípios da justiça rawlsianos, particularmente do primeiro princípio. Hart aponta o que entende ser uma controvérsia na fundamentação da prioridade das liberdades básicas: primeiro, nos fundamentos a partir dos quais as partes, na posição original, adotam as liberdades básicas, considerando que as suas prioridades não estão suficientemente bem explicadas; segundo, em relação à aplicação das liberdades fundamentais nos estágios

constitucional, legislativo e judicial, pois não se apresenta um critério satisfatório a partir do qual tais liberdades devem ser especificadas e ajustadas umas às outras conforme as circunstâncias sociais.

Portanto, o filósofo britânico aponta as falhas e as insuficiências da posição original na determinação da propriedade das liberdades básicas, bem como a ausência de critérios satisfatórios para as ajustar às demais etapas do raciocínio do procedimento dessas liberdades. Neste contexto, Hart considera que a produção de provas da primazia das liberdades básicas é indispensável para justificar a existência dos princípios de justiça rawlsianos. A imposição de limites à consideração e ordenação do segundo princípio está circunscrita ao primeiro princípio, circunstância fundamental para a manutenção da legitimidade e da estabilidade da proposta de Rawls e, acima de tudo, para o pretendido ajuste entre os princípios da liberdade e da igualdade.

É neste âmbito que surge, em 1982, o artigo de Rawls intitulado “Basic liberties and their priority”, apresentado numa conferência pronunciada no contexto das *Tanner Lectures*, em abril de 1981, na Universidade de Michigan. O texto constitui-se como uma resposta ao filósofo Herbert Hart, sendo que nele se expõem os argumentos em defesa da justiça política e da legitimidade do direito.

Voltando a Hart, o filósofo salienta o fato de Rawls definir o direito como “uma união de regras primárias e secundárias” (HART, 1995, p. 175), sendo que essas regras, de modo correto, “preceituam uma sanção” (HART, 1994, p. 2; MENDES, 2011, p. viii). Segundo Rawls, o direito é restringido por regras e normas e, portanto, não poderá ser absoluto. Ora, no que diz respeito a esta noção, o autor britânico, Hart, pretende promover uma conduta chamada *doutrina moral*, defendendo a liberdade a partir da noção de direitos morais. Por isso, a natureza do direito, para ele, advém de uma “distinção dos conceitos de leis, comandos e ordens” (HART, 2011, p. viii). O direito é entendido como um sistema de regras, cujo caráter jurídico deriva de outras regras. As regras, neste sentido, são as regras morais que “impõem obrigações e retiram certas zonas de conduta de livre opção do indivíduo de agir como lhe apetece” (*idem*, p. 11).

O esclarecimento relativamente à prioridade das liberdades surge no texto “O construtivismo kantiano na teoria moral”, de 1980, em que Rawls desnivela *racional* e *razoável* para assegurar a veracidade que provém da cultura pública democrática. Segundo ele, os princípios da justiça devem ser pensados sob a orientação do razoável, tendo em conta o pluralismo que é próprio das sociedades contemporâneas. Apesar de a sua obra ter sido criticada, o autor americano defende as suas doutrinas centrais

mediante as ideias fundamentais dos princípios da justiça e da posição original. No entanto, modifica a incompleta redação dos dois princípios da justiça para abranger a necessidade de se garantir o valor equitativo das liberdades. Essa liberdade deve ser pensada como um sistema prioritário, harmónico e compreensível.

A razão pública e o conhecimento da justiça como equidade remetem para os direitos básicos, liberdades e oportunidades, bem como para a prioridade dos que possuem direitos, e indicam as medidas capazes de assegurar esses direitos a todos os cidadãos, partindo da perspectiva de que “todos têm direito como pessoas livres e iguais” (RAWLS, 1996, p. 192; RAWLS, 2001, p. 4). A justiça como equidade é, como refere Hart, “o objeto primário da justiça política” (HART, 2011, p. 14). Daí que o filósofo pretenda mostrar que “a característica geral mais proeminente do direito em todos os tempos e lugares consiste em que a sua existência significa que estas típicas de condutas humanas já não são facultativas, mas obrigatórias em certa medida” (HART, 2011, p. 10). Da mesma forma, sustenta que “as liberdades possam ser limitadas em favor de uma maior liberdade e não em razão de uma vantagem social ou económica para os indivíduos” (HART, 1989, pp. 243-244). Conforme se observa, esta é uma perspectiva contrária à de Rawls.

Importa notar que apesar da distância e da divergência entre os dois autores, no concernente aos direitos e deveres, bem como à liberdade e igualdade, ambos apontam várias ameaças à estabilidade das liberdades democráticas. E não há dúvida de que o filósofo norte-americano aparece com o propósito de reagrupar e fortalecer a disposição social-democrática a qual pode ser ampliada “não apenas nos Estados Unidos, mas também na Europa, sobretudo pelo socialistas e sociais-democratas” (RAWLS, 2000[c], p. 7). Neste âmbito, importa ainda reconhecer a luta dos dois filósofos para protegerem os direitos, as liberdades e a normatividade sob uma perspectiva jurídica, de modo a preservar a vida política numa sociedade democrática e contemporânea, em consonância com uma leitura moral do liberalismo político.

Quanto à divergência entre Hart e Rawls, esta permite sustentar que o direito, neste momento, é uma expressão do sistema jurídico, e não pode ser considerado exclusivamente através da normatividade esperada pelo positivismo jurídico. Por isso, e partindo do pensamento dos dois filósofos no que diz respeito ao surgimento do direito, da liberdade e da normatividade, julgamos que há um distanciamento do positivismo jurídico e, pelo contrário, a defesa de uma teoria política liberal.

Concluímos este ponto notando que, a partir da refutação dos seus adversários, Rawls dá uma nova formulação ao primeiro princípio da justiça, a fim de desambiguar a noção de sistema de liberdades básicas. Na verdade, a crítica de Hart à teoria da justiça rawlsiana origina uma resposta do filósofo norte-americano e, conseqüentemente, uma alteração da sua teoria, em conformidade com a avaliação das suas características e com a interpretação do objeto do sistema jurídico, ou seja, as liberdades básicas.

2.4.1. A comutação do conceito do primeiro princípio da justiça

Centremo-nos agora na alteração de Rawls ao seu primeiro princípio da justiça. Leia-se, para isso, o excerto a seguir transcrito: “Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdade para todos” (RAWLS, 1971, pp. 333-334; RAWLS, 1999[a], p. 53). Vejamos ainda: “a modificação semântica ocorre através da substituição da expressão ‘mais abrangente sistema total’ por ‘sistema plenamente adequado’ e com a inserção das palavras ‘que seja’ antes da palavra ‘compatível’”. Tal alteração visa mostrar que “Não se atribui prioridade alguma à liberdade como tal; se assim fosse, o exercício de uma coisa chamada ‘liberdade’ teria um valor preeminente e seria a meta principal, se não a única, da justiça social e política” (RAWLS, 1999[a], pp. 180-188). Dito de outro modo: esta alteração mostra que Rawls, na sua análise das liberdades básicas iguais para todos, enfatiza a liberdade de pensamento, de consciência, as liberdades políticas e de associação, as garantias jurídicas necessárias à proteção da integridade da pessoa, além dos direitos e liberdades protegidos pelo Estado de Direito (*rule of law*). Assim, o filósofo norte-americano pretende sublinhar a falta de igualdade na justiça como equidade (*justice as fairness*).

Rawls põe em prática a noção de *sistema de liberdades* para sustentar a neutralidade da sua teoria relativamente às várias tradições do pensamento contemporâneo. Neste sentido, a hermenêutica das liberdades básicas assume duas formas distintas: primeiro, a forma do sistema coerente, estruturado por uma atuação abstrata e neutra (a posição original); segundo, a forma de rejeição (compatível com a visão pluralista de Rawls), que atribui uma prioridade a certas liberdades, conforme os interesses racionais dos indivíduos. Assim, a noção de sistema de liberdades mostra que o propósito do autor é o de apresentar um procedimento mais genérico para os dois

princípios. Esses princípios permitem compreender melhor as reivindicações da liberdade e da igualdade em uma sociedade democrática.

A efetuação desta política de proteção possibilita a organização dos princípios da justiça e, além disso, permite evitar a influência de circunstâncias sociais, culturais e económicas motivadas por interesses parciais, de uma pessoa ou de um grupo. No entanto, as partes escolhem apresentar na posição original factos em comparação com outros elementos em relação aos quais não admitem controvérsia.

Nota-se que a ênfase foi colocada na efetivação de certas liberdades específicas e na obtenção de garantias constitucionais. Contudo, a forma de entender as liberdades básicas a partir de uma lista é incapaz de apresentar uma resposta completa à crítica hartiana. Por outras palavras, a listagem das liberdades básicas como bens primários (*primary goods*) a serem escolhidos pelas partes na posição original não justifica a prioridade do primeiro princípio. A ideia da posição original, de acordo com o autor, é a que melhor atende aos seus objetivos, a saber, a escolha de princípios de justiça mais razoáveis que especificam os termos equitativos que devem regular a sociedade, compreendida como um sistema equitativo de cooperação social. Deste modo, é possível entender que a teoria da justiça do filósofo norte-americano tem a sua raiz nos problemas sociais da sociedade contemporânea, mais especificamente em problemas de desigualdade social e de justiça distributiva.

A modificação da teoria da justiça, particularmente no respeitante às noções de liberdades básicas e de princípios da justiça, mostra que, por um lado, o filósofo norte-americano considera legítimas as críticas das diversas correntes de pensamento contemporâneo e dos seus diversos autores, tanto de Dworkin, Habermas, Nozick, Perelman, como de Herbert Hart; mostra, por outro lado, que Rawls, concordando com as críticas dos seus adversários, e reconhecendo as lacunas da sua teoria, pretende revê-la. Neste sentido, Rawls reformula o seu pensamento, sobretudo em relação aos princípios da justiça, ao conceito de pessoa e à conceção de cooperação social.

Após a crítica de Hart, Rawls altera o sentido de algumas palavras e altera também a interpretação de alguns enunciados relativamente aos princípios de justiça³⁵, nomeadamente ao primeiro princípio. Os direitos básicos e liberdades básicas

³⁵ (...), I made revisions to clear up several of the difficulties Hart noted. It must be said, however, that the account in the revised text, although considerably improved, is still not fully satisfactory. A better version is found in a later essay of 1982 entitled "The Basic Liberties and Their Priority", (RAWLS, 1999[a], p. xii)

subsistem para garantir a igualdade a todos os cidadãos. Nesse sentido, o filósofo norte-americano, John Rawls, sustenta que:

Os direitos e as liberdades básicas e a sua prioridade existem para garantir a igualdade a todos os cidadãos, as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado e o exercício pleno e informado dos seus poderes morais – a sua capacidade para um sentido de justiça e a sua capacidade para uma concepção do bem (RAWLS, 1999[a], xii).

A prática do princípio de justiça numa estrutura básica da sociedade compõem o exercício de determinação da justiça. Rawls continua a referir-se às liberdades básicas de um modo geral, não atribuindo prioridade alguma à liberdade como tal, porque acredita que, dessa forma, a prática da *liberdade* teria uma importância preponderante e seria o fim principal, ou talvez o único, da justiça social e política. Nessas circunstâncias, a “liberdade política, a liberdade de pensamento, a liberdade de consciência e a liberdade de associação devem garantir o exercício do poder moral” (Idem, p. xiii). Ao fazer isso, desempenhamos o papel essencial da teoria moral para garantir a força da liberdade política iguais e justo para todos os cidadãos.

2.4.2. A pessoa e a liberdade básica

A interpretação dos conceitos de pessoa e de liberdade básica pode perceber-se através da teoria dos princípios da justiça de Rawls. Ele considera que as liberdades fundamentais iguais, apontadas no primeiro princípio, devem ser especificadas a partir de uma determinada lista, devendo adotar-se uma ideia de regulamentação, com vista ao bem-estar geral. Na listagem das liberdades básicas estão a liberdade de pensamento e de consciência, as liberdades políticas e a liberdade de associação; estão também as liberdades relacionadas com a integridade da pessoa; e, finalmente, os direitos e as liberdades abrangidos pela lei.

A proteção destes direitos, admitindo hipoteticamente uma cooperação social, opta por um princípio de justiça e é praticada pelos indivíduos ou pelas pessoas numa sociedade bem ordenada. Se for assim, as pessoas possuem um entendimento do que é a justiça, logo, são razoáveis, têm uma conceção de bem e são racionais. Para haver um conhecimento de tal noção, o filósofo liberal norte-americano salienta que “a concepção de justiça públicas devem ocorrer dentro de uma sociedade bem ordenada,

nas circunstâncias da posição original, [entre] as pessoas numa sociedade bem ordenada e da noção de justiça como equidade” (RAWLS, 1999[a], p. 5).

A sociedade bem ordenada é o lugar em que as pessoas praticam política e acreditam na ação dos políticos, e é também o *locus* do exercício da liberdade e da justiça, e a base privilegiada do desenvolvimento da relação social. Rawls sustém que “a justiça como equidade desenvolve assim uma teoria da justiça a partir da ideia de um contrato social” (RAWLS, 2001, p. xi). As instituições básicas devem ser organizadas para estar em conformidade com a liberdade e igualdade dos cidadãos. Assim, a justiça como equidade dirige-se aos cidadãos de um regime constitucional. Esse regime pode ser considerado como o regime comum e garantir o estatuto dos cidadãos iguais e além disso, procura de entender a liberdade e igualdade na convicção da cultura pública duma sociedade democrática. As partes, como representantes racionalmente autónomos, devem ser bem determinadas, e devem salvaguardar das pessoas para estas terem a oportunidade de rever e reformular os seus projetos pessoais.

Rawls, no caso das liberdades básicas, mostra que as liberdades fundamentais devem ser asseguradas formalmente. No entanto, considera que podem estar desniveladas, sendo esta uma ideia baseada no seu segundo princípio da justiça. Admite-se “a existência das desigualdades sociais e posições abertas a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidade se as mesmas viabilizarem um maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade” (RAWLS 2001, p. 345). Assim, a garantia do valor equitativo é fundamental na atribuição de um valor especial às liberdades políticas, devendo assegurar e validar todo o processo político, a partir de uma regulamentação. Note-se que, para Rawls, o “valor das liberdades políticas deve ser aproximadamente igual” (RAWLS, 2001, pp. 28-33).

As partes – ou seja, os legisladores ou os representantes do povo – têm preferência pelos princípios de justiça que permitem chegar a um conjunto inegociável de direitos e deveres iguais para todos. Estes princípios asseguram as condições para a prossecução de qualquer concepção do bem compatível com a justiça e dão liberdade para uma clara ordenação das reivindicações quanto à distribuição dos bens sociais primários. Assentes numa posição original equitativa, os princípios do filósofo liberal norte-americano podem ser chamados de *justiça como equidade*.

Deste modo, as partes têm a responsabilidade de proteger as liberdades políticas mediante a sua participação, em nome da estabilidade política, ou seja, têm a responsabilidade de assegurar a igualdade material, pois têm a possibilidade de

influenciar as decisões políticas. Tudo isto para garantir a legalidade do *cosmos* da justiça. Assim, todos os atos políticos devem glorificar as liberdades políticas e defender os princípios da justiça. É um compromisso que surge de consensos que têm como fundamento os princípios da justiça, em relação com o conjunto das leis fundamentais, aliás, com a constituição.

Em síntese, queremos salientar que a crítica de Herbert Hart fez com que Rawls reformulasse a sua teoria da justiça e, ao mesmo tempo, apresentasse uma resposta capaz de legitimar e dar estabilidade à sua construção teórica. Isto por considerar que, a partir da sua teoria da justiça, é possível garantir a “liberdade e igualdade democrática” (RAWLS, 2001, p. 2). Rawls, na posição original, e tendo por base o liberalismo político, torna claro os termos necessários e razoáveis para a estruturação de princípios. Argumenta que como cidadãos “conseguimos pôr em prática a base de unidade social mais razoável e mais profunda que está ao nosso alcance numa democracia contemporânea” (RAWLS, 2001, pp. 145-150). O fim da defesa da sua teoria é, por conseguinte, a legitimidade do direito, da política e da democracia. Claro que, neste contexto, o filósofo norte-americano pretende promover o diálogo com o ponto principal a defesa de doutrina da liberdade individual, de modo a garantir as liberdades fundamentais dos indivíduos e os direitos básicos das pessoas como cidadãos. Além disso, assim continua a assegurar a ideia da justiça como equidade e põe em execução a política da justiça.

CAPÍTULO III

O DEBATE ENTRE RAWLS E OS AUTORES CONTEMPORÂNEOS

“Ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a sua posição da classe;
Nem conhece a sua fortuna na distribuição de bens
e habilidades naturais, a sua inteligência e força e afins.”
(RAWLS, 1971, p. 118.)

A tese básica nesse capítulo pretende apresentar os debates entre o filósofo norte-americano, John Rawls, com os seus adversários contemporâneos, delimitado em Hart, Dworkin, Habermas e Perelman, particularmente aos conceitos de justiça, obediência ao direito, liberdade básica, a crítica ao positivismo, a escolha social na teoria da justiça, a distinção da teoria da justiça e da teoria de autoridade e, por fim, a sua reconstrução da teoria de justiça após o ataque crítico de seus adversários. No desenvolvimento desse debate, é apenas enquadrar o núcleo do debate entre Rawls e Hart, Dworkin, Perelman e Habermas. Enquanto os outros comentadores, tais como Nozick e Waldron, apenas indicamos como oponentes diretos, mas nosso intuito é colocá-los apenas como interlocutores secundários.

O alvo desse debate tem por propósito, portanto, traçar e descobrir o conteúdo essencial das teorias de justiça em questão, elucidando suas nuances, pontos de convergência e divergência. Ao analisar criticamente os argumentos apresentados por Rawls a seus oponentes, busca-se não apenas compreender suas posições individuais, mas também compreender o avanço do filósofo no campo de sua teoria da justiça.

3.1. Rawls e Hart em debate

O embate entre o filósofo liberal norte-americano John Rawls e o filósofo utilitarista britânico Herbert Hart surge a partir da teoria de justiça elaborada por Rawls, publicada em 1971. Os debates entre ambos, como sabemos, é restrito em tese a obediência ao direito e à liberdade básica. Partindo do conhecimento destes conceitos, temos como principal objetivo mostrar algumas diferenças, tanto em relação ai

positivismo jurídico defendido por Hart bem como a concepção normativa de direito de Rawls. Para isso, focar-nos-emos na relação entre o direito e a moral, bem como entre a liberdade e a normatividade.

Hart é reconhecido na literatura jus-filosófica como um teórico da linha de investigação moral e da filosofia política. A sua obra mais conhecida, *The Concep of Law*, foi divulgada em 1961. Hart, como Rawls, é defensor, mas também autor de uma concepção de direito. Entende o direito como um agrupamento de regras primárias de obrigação e de regras secundárias de reconhecimento, as quais, pela sua natureza, têm a potência da alteração e da adjudicação. Para Hart, o direito significa a possibilidade de “todos os homens [...] serem livres” (HART, 1955, p. 175), daí que o define como “uma união de regras primárias e secundárias” (HART, 2011, p. viii), que vulgarmente “estatuem uma sanção”³⁶. Deste modo, sendo o direito restringido por regras e normas, não poderá ser absoluto. Em suma: o autor pretende promover uma conduta denominada *doutrina moral*, e assim defende a liberdade a partir da noção de direitos morais.

Em *o conceito de direito*, Hart apresenta, entre a filosofia do direito e a teoria geral do direito, “os raciocínios e argumentações sobre a natureza do direito, sobre a “distinção dos conceitos de leis, comandos e ordens, do mesmo modo as relações entre o soberano e o súbdito, também as relações entre justiça e moral, e entre o direito” (Idem). Significa isto que o direito se constitui como “um sistema de regras, cujo caráter jurídico deriva de outras regras” (*idem*, p. 11). As regras, neste caso, são regras morais que “impõem obrigações e retiram certas zonas de conduta da livre opção do indivíduo de agir como lhe apetece” (*idem*). Achamos, por conseguinte, que Hart pretende mostrar que “a característica geral mais proeminente do direito em todos os tempos e lugares consiste em que a sua existência significa que certas [...] condutas humanas já não são facultativas, mas obrigatórias [...]” (*idem*, p. 10).

No livro *The Concept of Law*, Hart apresenta uma definição de direito de caráter holístico, desenvolvendo-a através de análises e argumentos acerca da essência do direito. Se, segundo ele, o direito se constitui, como atrás referido, como uma união de regras primárias e secundárias, tem na sua natureza constituir-se como “uma obrigação” (HART, 2011, p. 1). Trata-se, além disso, de um conceito aberto, relacionado com a

³⁶ Cf. MENDES, 2011, p. 6.

afirmação de “regras válidas, variadas, estranhas e até paradoxais” (*idem*, p. 9). Desta forma, o filósofo britânico pretende mostrar que

Existem regras de muitos tipos diferentes, [...] regras jurídicas, regras de etiqueta e de linguagem, regras de jogos e clubes, de legislação, de moral, da lei e regras do reconhecimento, que conferem poderes, distintas regras que impõem obrigações ou deveres [...] (HART, 2011, pp. 12, 13, 34-41, 84-85 e 344).

Para responder à questão clássica *o que é o direito?*, é necessário conhecer pormenorizadamente a perspectiva de Hart sobre a lei e o direito. No seu entender, a lei é a “fonte do direito, e o direito é a norma primária que estatui a sanção” (*idem*, p. 6). Neste contexto, importa notar que o termo *comando* tem uma dupla acepção: por um lado, determina uma ordem estabelecida pelo direito; por outro, surge como uma noção independente, sendo entendido como uma sanção. Ou seja: tanto o comando como a ordem permitem a deliberação de um soberano. O comando é o exercício de uma autoridade competente para criar o direito válido, sendo o acesso à postura de comando variável e em virtude da lei e do direito. Hart considera a lei, o comando e as ordens como “variedades de imperativos” (*idem*, p. 22). Entende o comando como uma ordem e vê “o direito como ordens coercitivas” (*idem*, p. 26). Por conseguinte, o comando é verificável através de regras penais, mas não de regras permissíveis, enquanto o direito é percebido como um sistema de regras. As leis e o direito são, pois, coercitivos.

Da mesma forma que faz uma distinção entre as regras, as leis e o direito, Hart apresenta uma distinção entre as regras primárias e as regras secundárias. As primárias regulam as condutas, os deveres e as obrigações; as secundárias regulam a emissão de outras regras e autorizam o indivíduo ou o grupo a criá-las, identificá-las, percebê-las e modificá-las. As regras secundárias são classificadas em três categorias: regras de mudança, de edificação e de conhecimento. As regras de mudança são as que modificam ou alteram as regras primárias; as regras de edificação são as que atribuem as competências para que os juízes decidam se as regras primárias são ou não infringidas; as regras de conhecimento são as que permitem identificar se as regras, de um modo geral, pertencem ou não ao sistema jurídico. Estas últimas constituem-se como uma espécie de fundamento geral de validade do próprio direito. A lei e o direito são, pois, fundamentais para a validade das demais normas ou regras e funcionam como forma de validade geral do direito. As regras de conhecimento existem e são, em geral,

aceites pela sociedade, apesar de haver uma diferença fundamental entre o pressuposto da lógica transcendental e o pressuposto do facto social.

A substância de um sistema jurídico assenta-se na valorização do direito, em termos oficiais e sociais, em diferentes níveis ou setores. No caso da criação da lei e/ou da norma, particularmente nas sociedades contemporâneas e democráticas, esse poder pertence à Assembleia Nacional Constituinte ou aos órgãos legislativos, nomeadamente aos parlamentos nacionais. Estes órgãos funcionam em conformidade com o sistema de governação de um país, tal como acontece, a título ilustrativo, no Reino Unido ou em Timor-Leste³⁷; já no Brasil, de um modo geral, o fundamento de validade de uma regra jurídica é desenhado pela relação entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. É de salientar que a criação de leis ou regras suscita, cada vez mais, questões pertinentes, designadamente relacionadas com o fundamento de validade das normas. As normas, segundo Hart, são fundamentais para as regras de conhecimento, isto é, para um facto social que [é] empiricamente verificável.

Além do referido, importa notar que também há diferentes perspetivas quanto à valorização da função do direito. Por isso, é plausível que Hart pretenda apresentar as condições mínimas para a existência do direito, as quais, segundo ele, dizem respeito à prática convergente dos oficiais ou de autoridades do sistema jurídico oficializado. Essa prática pode ser reconstruída como uma regra, prevista numa constituição e aprovada pelo poder legislativo.

Para Hart, as leis são “fontes do Direito” (HART, 2011, p. 6), o que significa que o direito constitucional é “apenas moral positiva” (*idem*). Em doutrina moral, ouvem-se vozes que dizem “não se deve roubar” (*idem*), por isso, caso alguém roube, deve ser punido. Neste sentido, podemos considerar o direito como uma “norma primária que estatui a sanção” (*idem*).

As considerações acima dizem respeito à natureza do direito. Quanto ao carácter do direito, este abrange dimensões opostas, ainda que se destaque uma conceição segundo a qual “as leis são direito” (*Idem*). Os paradoxos são apontados por filósofos ou juristas, os quais referem, designadamente, que o direito projeta a luz, mas também traz escuridão ao ser humano; desempenha uma função de proteção relativamente a uns, mas também despreza outros; apresenta sempre uma dupla máscara, de proibir e de

³⁷ COSTA, Marcelo Dolzany da. O Sistema Judiciário em Timor Leste (1999-2002). In: *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, vol. 14, nº 11, nov.2002, pp.39-49.

tornar lícito. Tudo isto é do conhecimento geral, o Homem compreende as regras.³⁸ No entanto, no sistema jurídico, surgem “casos duvidosos” (HART, 2011, p. 7), quer na área do direito primitivo quer do direito internacional. Porém, os casos de incerteza não são a raiz da dificuldade de chegar a um entendimento do direito.

Recuperando uma frase já citada do autor, “as regras morais impõem obrigações e retiram certas zonas de conduta da livre opção do indivíduo de agir como lhe apetece” (*idem*, p. 11). Ora, tanto o direito como a moral produzem vocábulos relacionados com obrigações, deveres e direitos. Os dois desempenham funções de proibir uma ação de violência e de permitir uma ação de virtude. Assim, ambos defendem a justiça em “harmonia com o direito” (*idem*, p. 12). O direito é “mais bem compreendido como um ramo da moral ou da justiça” (*idem*), pois pretende, precisamente, manifestar a sua “congruência como os princípios da moral e da justiça” (*idem*). Este preceito é teorizado desde a época escolástica, em particular nas abordagens do direito natural, e também se encontra em algumas teorias jurídicas contemporâneas. De um ponto de vista particular, defronta-se com a crítica ao “positivismo jurídico por via de sucessão de Austin” (*idem*).

Centremo-nos, então, na questão *o que é o direito?* Numa perspetiva comum, trata-se de “uma questão [...] geral” (*idem*). Somos capazes de pensar e de falar do direito, no entanto, não somos dotados de competência para o definir. Quando se pensa no direito, tenta-se relacioná-lo “com outras coisas” (*idem*, p. 19). No caso concreto da definição do termo, este é entendido como uma “família geral de regras de comportamento” (*idem*, p. 20). Já o conceito de regra, “é tão causador de perplexidade como o próprio direito” (*idem*). O sentido óbvio do direito encontra-se assim formulado: “noção simples de uma ordem baseada em ameaças” (Idem, p. 21), a que Austin chama “comando” (*idem*).

O conceito de direito é “mais bem compreendido através da sua conexão necessária com a moral” (*idem*), que se sobrepõe como “uma doutrina mais antiga” (*idem*). No sistema jurídico e no âmbito da teoria jurídica, o direito é entendido como “uma ordem coerciva” (Idem, p. 26). Em linguagem técnica, surge como um padrão de

³⁸ Veja-se, a propósito, a seguinte citação: “[...]: (i) regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamento, sob cominação de pena; (ii) regras que exigem que as pessoas compensem aqueles que por si são ofendidos de certas maneiras; (iii) regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrar contratos ou outros instrumentos que confirmem direitos e criem obrigações; (iv) tribunais que determinem quais são as normas e quando foram violadas e que estabeleçam o castigo ou compensação a ser pagos; (v) um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas” (HART, 2011, p. 7).

agir e determina as ações das “pessoas [para] que façam as coisas” (*idem*, p. 27). Portanto, fazer leis significa ordenar as pessoas, ação que normalmente difere do ato de praticar a lei. Todavia, tudo é visto como um modelo para o direito, e daqui provém o entendimento de que o direito existe.

Conforme a sua natureza, o direito surge para “regularizar as condutas de populações que habitam os respectivos territórios, com limites geográficos razoavelmente bem definidos” (*idem*, p. 30). É a partir deste pressuposto que o filósofo britânico apresenta a noção de direito como “união de regras primárias e secundárias” (*idem*, p. 89) ou, dizendo de outro modo, como as “ordens coercivas do soberano” (*idem*, p. 90). “As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo impõem poderes, públicos ou privados” (*idem*, p. 91). As primeiras dizem respeito a “ações que envolvem movimentos ou mudanças físicas”, as segundas dizem respeito aos “atos que conduzem não só a movimentos ou mudanças físicas, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações” (*idem*).

A teoria do direito entende o direito como uma ordem coerciva, refletida na relação entre regras primárias e secundárias. Para compreender a ideia geral destas regras, é necessário definir o contexto da sua existência: elas existem para transformar “certos tipos de comportamento em padrões para sustentar o seu caráter de obrigação” (*idem*, p. 95). Uma pessoa tem uma obrigação, de acordo com uma determinada regra, contudo, se a contrariar, poderá vir “a sofrer por causa da desobediência” (*idem*). (Mas o importante é as regras exigirem honestidade e o cumprimento de promessas com base na afirmação da verdade.)

A obediência é importante e necessária para a manutenção da vida social. Em todas as sociedades existe, efetivamente, uma compreensão das obrigações e dos deveres, e ambos se sustentam em situações do direito, tanto do direito criminal como do direito civil. A obediência permite garantir o controlo numa sociedade, nomeadamente numa sociedade contemporânea, e o controlo social tem um bom exercício quando a estrutura social desempenha a sua função conforme as regras em vigor. Nas sociedades primitivas, ou para os povos primitivos, este conceito, por vezes, não é um conceito ideal, sobretudo porque a estrutura social destas sociedades segue, essencialmente, um conjunto de costumes instituídos há bastante tempo. Isto permite-nos perceber que as sociedades existem conforme as regras, tanto consuetudinárias como primárias, de modo a que se evitem implicações na estrutura social e a que se

garantam condições para o desempenho das diferentes funções, de acordo com a obrigação.

Quando uma sociedade vive de acordo com os regulamentos aplicáveis, os habitantes possuem certas condições fundamentais e mantêm-se livres da violência. No entanto, por vezes, as pessoas agem desviando-se das regras em vigor, desobedecendo-lhes. Nestes momentos, uma sociedade deve mostrar que faz uma distinção entre “os que aceitam as regras e os que as rejeitam” (HART, 2011, p. 101). Importa aqui notar que a pressão social surge da maioria que vive conforme as regras; o grupo minoritário tenta contrariar os padrões existentes, mostrando uma assimetria ao nível das identificações comuns, e pretende valorizar a sua própria etiqueta.

Ora, estas considerações remetem-nos para a teoria do direito, e para o fato, já sabido, de que Hart reconhece o direito como um conjunto de regras. É neste contexto que percebemos o surgimento de casos de difícil resolução quando as regras são defeituosas, ou quando incutem temor a alguém, fazendo, assim, com que a identidade pessoal fique em causa e com que o desrespeito social e a tensão se instalem (PERUZZO JUNIOR, 2018; 2022). Nestas circunstâncias, é essencial criar “novas regras primárias para a conduta de vida do grupo ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas” (*idem*, p. 105); e é essencial também que haja um poder na tomada de decisão, sendo que “os poderes atribuídos podem ser isentos de restrições ou limitados de várias maneiras” (*idem*). Segundo Hart, a “regra de conhecimento estabelecerá os critérios de validade jurídica em cada comunidade” (COUTINHO, 2016, p. 292), critérios esses previstos na promulgação. É assim que uma regra entra em vigor, que se estabelece a sua validade e que a sua existência é reconhecida.

Cumpra-se notar que o direito não desempenha apenas a obrigação de proteger os direitos e os deveres, mas também os cria. Do ponto de vista dos componentes do direito, de acordo com Hart, estes direitos e deveres relacionam-se com as regras primárias, secundárias, de julgamento e de conhecimento (PERUZZO, 2022). A propósito, atentemos no seguinte excerto:

O terceiro complemento ao regime simples das regras primárias, destinado a remediar a ineficácia da sua pressão social difusa, consiste em regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária. A forma mínima de julgamento consiste numa série de determinações, e designaremos as regras secundárias [...]. As regras de julgamento têm conexões íntimas com elas. Na verdade, um sistema que tem regras de julgamento, está necessariamente ligado a uma regra de

reconhecimento de uma espécie elementar e imperfeita [...] (HART, 2011, pp.106 -107).

Esta reflexão remete-nos para a forma como, a partir das regras, se atribui o poder e a jurisdição aos diversos agentes – entre os quais o tribunal – para tomarem as decisões, ou seja, para aplicarem as penas. Neste âmbito, a regra de conhecimento é inseparável da jurisdição.

A violação das regras primárias vê-se como uma limitação do sistema judicial e como uma desvantagem da prática jurídica. Por isso, “os sistemas jurídicos complementaram as regras primárias de obrigação com ulteriores regras secundárias” (HART, 2011, p. 107). Todas desempenham a sua função numa determinada estrutura ou sistema. De acordo com Hart, a “união de regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico” (*idem*, p.109), tendo em conta as fontes jurídicas, tais como a obrigação, o direito, a validade, a legislação, a jurisdição e a sanção. Todas as regras primárias e secundárias são agrupadas na noção de natureza jurídica e no sistema jurídico.

Com base na citação apresentada, pode presumir-se que o direito, segundo Hart, se manifesta na aplicação das regras, tornadas, assim, na raiz do sistema jurídico. Ou seja: são as regras – primárias e secundárias – que formam o sistema jurídico, o qual funciona, precisamente, mediante a sua aplicação. Apesar de distintas, ambas as regras exigem, como sabemos, uma disposição para agir de um certo modo.

Para se identificar a diferença entre os dois tipos de regras, deve-se partir da construção e da definição da própria noção de regras primárias e de regras secundárias. As regras primárias exigem que os seres humanos pratiquem ou não aceitem praticar certos atos. As regras secundárias atribuem poderes, públicos ou privados,³⁹ e estão dependentes das primeiras, visto que são “estas que estabelecem o que as pessoas podem fazer, [como] introduzir novas regras, extinguir ou modificar as antigas e ainda controlar a sua aplicação” (HART, 1994, p. 91). Segundo o jurista Maccormick,

As regras primárias são aquelas que estabelecem obrigações e deveres e proíbem as formas de transgressões que chamamos crimes, contravenções, atos infracionais e delitos. As regras do outro tipo são ‘secundárias’ no sentido em que, por si mesmas, não constituem standards vinculantes de conduta obrigatória. Em vez disso, essas outras regras se relacionam às primárias de diversos modos, e nesse tipo especial de relação está a qualidade sistemática do Direito (MACCORMICK, 2010, p.35).

³⁹ Cf. HART, 1994, p. 91.

Além do referido, devemos afirmar, com Machado, que Hart tomou consciência de que “o Direito se compõe de regras de várias espécies, cujos conceitos teriam que ser determinados por seu uso, e não por construções doutrinárias e abstratas” (MACHADO, 2015, p. 112). Desta forma, é compreensível que as duas regras, tanto as primárias como as secundárias, se constituam como um guia para uma ação correta dos seres humanos.

A liberdade é um conceito legal que existe socialmente, tendo sido escrito, desenvolvido e enriquecido por diversos autores e usado por líderes políticos no âmbito de diversas discussões. Um dos autores a colocar a questão da liberdade foi Hart, que a considera um dos tópicos de preocupação na época contemporânea. De acordo com Hart, “o direito é igual a todos e todos os homens a serem livres” (HART, 1995, p. 175).

Através da teoria de Hart, em particular da teoria da liberdade, constatamos que foi um dos filósofos contemporâneos a apresentar as falhas, as lacunas e as insuficiências na determinação da prioridade das liberdades básicas, tendo destacado a ausência de um critério satisfatório para as ajustar às demais liberdades. Neste sentido, para fortalecer o conhecimento do conceito de liberdade, é imprescindível considerar a abordagem de Hart, que, importa dizer, defendeu, no âmbito da construção de uma ordem jurídica, a valorização da liberdade (PERUZZO, 2014).

Do ponto de vista histórico, tem sido notória a evolução da noção de liberdade, na teoria e na prática, sendo esta uma noção importante para a narrativa da sociedade contemporânea. A abordagem histórica não serve para glorificar a vontade de Deus nem para privilegiar a Carta das Nações Unidas ou a Revolução Francesa, mas para mostrar que a liberdade se constitui como um direito inato do Homem. Neste sentido, poder-se-á dizer que a Carta das Nações Unidas e a Revolução Francesa marcaram este princípio: a liberdade faz parte da cultura do ser humano e viabiliza a existência dos direitos do Homem.

A liberdade define-se como o “dom que o ser humano tem, por ser capaz de distinguir o real do possível, de eleger uma das várias possibilidades que racionalmente consegue vislumbrar e de implementá-la, ou transformá-la em realidade”.⁴⁰ O exercício dessa liberdade está sujeito à possibilidade de o indivíduo escolher e efetivamente

40 “É exatamente porque a liberdade consiste na possibilidade de a criatura humana expandir e realizar suas potencialidades, e porque estas são *infinitas*, que nada distinto da promoção da liberdade também a outras pessoas justifica o sacrifício da liberdade (AMARTYA, 2000, p.337).

implementar a sua escolha, portanto, a prática plena da liberdade dependerá da condição de cada indivíduo. Pode dizer-se, assim, que esta noção é compatível com a de Hart, no sentido em que todos os homens têm o direito a serem livres;⁴¹ ou com a definição apresentada na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. No artigo 1.^a da Carta, pode ler-se o seguinte: “Todos os seres humanos nascem livres”. No fundo, a partir desta descrição, pretende-se destacar o direito e a liberdade de um indivíduo para escolher o seu próprio destino.

A prática da liberdade por um indivíduo tem impacto na liberdade de outros indivíduos. Efetivamente, Popper afirma que “se eu for livre de fazer tudo o que quiser, então também sou livre para privar os outros da liberdade” (POPPER, 2001, p.123). Fica clara, desde já, a necessidade da contribuição do direito. Veja-se, a propósito este excerto:

Se não se compartilhar a liberdade, não haverá exercício possível da liberdade. Esta só existe com a condição de ser limitada para cada um, em proveito de todos. A liberdade absoluta é também a absoluta impossibilidade de seu exercício. Donde resulta que, sendo a liberdade um termo relacional, ninguém pode ser livre sozinho (VASCONCELOS, 2001, p. 54).

Esta afirmação traz-nos uma nuance: a de que o direito é uma decorrência da liberdade que todos os seres humanos possuem; no caso da limitação da liberdade, surge para promover uma igual liberdade em favor de terceiros. Esse ponto, como nos parece, permanecerá em consonância com os escritos de Rawls em sua *Teoria da Justiça*.

No concernente às limitações da liberdade, um dos aspetos essenciais a ter em conta é a ação da proporcionalidade. A faculdade de agir de modo proporcional relaciona-se com o facto de uma limitação, adequada e necessária, trazer ainda mais benefícios e permitir promover a igual liberdade dos demais indivíduos ou membros de um grupo. Por outras palavras, a ação proporcional é, em si, uma ação especial, no sentido em que sacrifica ou reduz outras liberdades. Portanto, “as limitações à liberdade somente se justificam quando forem [um] meio proporcional”,⁴² com o fim de tornar a liberdade compatível com iguais liberdades para os demais membros de uma sociedade.

⁴¹ Cf. HART, 1994, p. 175.

⁴² “Na verdade, proporcionalidade, ponderação, fórmula do peso, são apenas tentativas de teorizar o bom senso que orienta inconscientemente nossas escolhas em torno de objetivos, metas ou valores, a cada passo. Basta ver a ‘ponderação’ que um médico faz antes de receitar um remédio, sopesando se com ele se alcançará a cura (adequação), se não há outro mais barato, ou com menos contraindicações (necessidade), e se os efeitos colaterais, se inevitáveis, não são piores que a própria doença (proporcionalidade em sentido estrito)” ...

Devemos ainda debruçar-nos sobre outro aspeto relativo à liberdade. Na verdade, importa considerar que “a liberdade de um não tem maior valor do que a liberdade de outro, pelo que as limitações recíprocas, que sofrem para que convivam, devem ser equivalentes”.⁴³ Neste contexto, Popper deu uma contribuição muito significativa. Segundo ele:

Muitas vezes, em casos individuais, não conseguimos determinar se uma certa limitação de liberdade é realmente necessária, nem se é um fardo imposto a todos os cidadãos por igual. Necessitamos pois de outro critério que possa ser mais facilmente aplicado. A minha proposta de critério é a seguinte: *Um estado é politicamente livre se na prática as suas instituições políticas derem aos cidadãos a possibilidade de mudar de governo sem derramamento de sangue caso haja uma maioria que o deseje.* Ou, mais sucintamente: somos livres se pudermos ver-nos livres dos nossos governantes sem derramamento de sangue (POPPER, 2001, p. 123).

Torna-se claro que a liberdade, por um lado, “tem como consequência direta a responsabilidade pelas escolhas livremente feitas” (PETTIT, 2007, p. 26); por outro lado, o direito à liberdade relaciona-se com os demais direitos.

A liberdade, considerada de um ponto de vista mais amplo, pode surgir como um conceito negativo ou positivo. No sentido negativo, entende-se que um sujeito não tem liberdade quando é impedido por outros de fazer o que deseja. No sentido positivo, dá-se a possibilidade de escolher entre diversos tipos de conduta ou modalidades, conforme a necessidade. O importante é resistir e garantir que todos têm liberdade e condições para a exercer. A liberdade deve ser promovida e deve estar assegurada.

Neste contexto, é de notar que Hart foi um dos autores contemporâneos a criticar Rawls, o pioneiro da teoria da justiça. A crítica foi feita em 1973, através do seu artigo *Rawls on liberty and its priority*. O filósofo britânico aponta as falhas, as lacunas e a insuficiência da posição de Rawls na determinação da prioridade das liberdades básicas. Como sabemos, Hart pretende promover uma conduta chamada *doutrina moral* e, do mesmo modo, defender a liberdade a partir da noção de direitos morais. Portanto, a sua crítica ao filósofo norte-americano tem como foco a formulação incompleta deste relativamente aos dois princípios de justiça que devem garantir o “valor equitativo” das liberdades, daí afirmar que “as liberdades básicas devem ser pensadas como um sistema

43 Com efeito, “tendo sido o direito chamado a realizar a partilha das liberdades, a fim de possibilitar-lhe a convivência, nunca se poderia admitir que a parcela atribuída a um fosse maior ou melhor do que a parte destinada ao outro. A intervenção do direito só se deu para que a partilha obedecesse ao princípio da igualdade dos homens. Se não fosse assim, seria inteiramente prescindível” (VASCONCELOS, 1998, p. 23).

coerente, harmónico e prioritário” (HART, 2011, p.10). Além disso, Hart defende, como referimos anteriormente, que “a característica geral mais proeminente do direito em todos os tempos e lugares consiste em que a sua existência significa que certas [...] condutas humanas já não são facultativas, mas obrigatórias em certa medida” (*idem*). Da mesma forma, defende que “as liberdades possam ser limitadas em favor de uma maior liberdade e não em razão de uma vantagem social ou económica para os indivíduos” (HART, 1989, pp. 243 - 244).

Poder-se-á afirmar que Hart foi o pioneiro das regras ou dos preceitos, enquanto Rawls enfatizou o princípio da justiça como equidade. Importa, pois, considerar os fundamentos teóricos de ambos.

Como já mencionado, existem várias espécies de regras, nomeadamente regras primárias e regras secundárias. Na abordagem do filósofo britânico, as regras são classificadas em três espécies: a regra do conhecimento (*rule of recognition*), a regra da alteração (*rule of change*) e a regra do julgamento (*rule of adjudication*). Num estudo pormenorizado sobre cada uma delas, e por intermédio da filosofia analítica, Hart tentou diferenciá-las. Leia-se o excerto em causa:

As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou rejeitem praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas suas incidências, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam deveres, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas, também, à criação ou modificação de deveres ou obrigações (RALWS, 1961, p. 94).

Na obra *The Concept of Law*, o autor faz a seguinte distinção: “Regras do primeiro tipo decretam direitos; regras do segundo tipo conferem poderes, públicos ou privados”⁴⁴ (HART, 1994, p. 81). Entende-se que as regras primárias se integram no contexto do positivismo imperativo, de acordo com o qual as normas são caracterizadas por comandos de jurisdição soberana; as regras secundárias aduzem aquilo que o direito defere. As regras secundárias inserem-se, portanto, numa leitura ampliada do

⁴⁴ Tradução nossa.

significado de regra normativa, tendo por base o positivismo jurídico. Maccormick confirma-o:

A qualidade sistémica do Direito é evidenciada no facto de que as regras primárias de obrigação podem ser e normalmente são suplementadas por 'regras secundárias', que estão logicamente inter-relacionadas com regras primárias. Dessa forma, estabelece-se uma rede de inter-relações entre as várias regras por meio da qual a totalidade pode ser vista com um único sistema do Direito (MACCORMICK, 2010, p. 141).

A teoria das regras do filósofo britânico deve entender-se no âmbito do sistema jurídico, e a união das regras que apresenta deve ser a origem da doutrina jurídica. Efetivamente, Hart sugere que o direito é “um sistema puramente constituído por regras coercitivas”, afirmando que “a combinação destes dois tipos de regras mostra a mentira do que Austin incorretamente disse ter descoberto na noção de ordens coercitivas, nomeadamente, ‘a chave para a ciência do direito’”⁴⁵ (HART, 1994, p. 91).

Cumpre-nos notar que a noção de direito desenvolvida por Hart conquista a atenção de Austin e de Stolz. Para Stolz, “as regras secundárias exercitam funções finura nas maneiras das primeiras e caracterizam-se como tremor para defeitos de um sistema jurídico” (STOLZ, 2007, p. 105) e, do mesmo modo, “desenvolvem a função de complementação das regras primárias” (Idem). Hart pretende mostrar que o conceito de direito está sujeito a regras, considerando a função de cada uma delas e tendo em conta as necessidades da sociedade contemporânea. No sentido prático, torna-se claro que “as regras primárias dizem respeito às ações que os indivíduos devem fazer ou não fazer” (HART, 1994, p. 104); por sua vez, as regras secundárias “definem um grupo de conceitos jurídicos importantes: neste caso, os conceitos de juiz ou tribunal, jurisdição e sentença” (Idem, p. 107).

O filósofo britânico defende que “na maior parte dos casos a regra de conhecimento não é enunciada [...] e a regra de conhecimento, hermeneuta no âmbito de ordenamentos jurídicos, é análoga à regra de pontuação de um jogo” (HART, 1994, p.113). Esta analogia é apresentada da seguinte forma:

[...] a regra de reconhecimento de um sistema jurídico é análoga à regra de pontuação de um jogo. No decurso do jogo, a regra geral que define as atividades que constituem os pontos a marcar (corridas, golos, etc.) raramente é formulada; em versão disso, é usada pelas autoridades do jogo e pelos

45 Tradução nossa.

jogadores, na identificação das fases particulares que contam para a vitória. Também aqui as declarações das autoridades (árbitro ou marcador) têm um estatuto especial de autoridade que lhes é atribuído por outras palavras. Mais ainda, em ambos os casos há a possibilidade de conflito entre estas aplicações da regra dotadas de autoridade e a compreensão geral do que a regra claramente exige, segundo os seus termos. Como adiante veremos, trata-se de uma complicação que tem de ser assumida em qualquer explicação do que significa a existência de um sistema de regras deste tipo (HART, 1994, p. 113).

A análise metodológica do direito obriga Hart a admitir a existência do conceito de regra, destacando a sua aplicação, indispensável para a validade do sistema jurídico. No concernente ao fundamento de validade de um sistema normativo, diz que este está nas regras de reconhecimento, daí indicá-las como indispensáveis para o funcionamento do ordenamento jurídico:

Há, portanto, duas condições necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração de julgamento devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários (HART, 1994, p. 128).

Dizendo de outra forma: “as regras de reconhecimento possibilitam uma dinamicidade na aplicação das regras” (*idem*, p. 135). Do mesmo modo, no entendimento do filósofo britânico, “a regra de reconhecimento impõe aos juízes o dever de considerar certas características específicas como identificadoras das regras que devem ser aplicadas na decisão dos casos” (*idem*, p. 114). Neste sentido, Hart pretende mostrar que toda a norma jurídica possui um núcleo de certeza, e que o sentido que estabelece tem um caráter primordial. Portanto, na análise do conceito jurídico, tendo em conta o direito e o seu procedimento, percebe o significado e a necessidade de interpretação como ferramentas de aplicação das normas, com o fim de chegar a uma “certeza e de uma penumbra de dúvida, quando nos empenhamos em colocar situações concretas sob as regras gerais,” (*Idem*, p. 134).

No que diz respeito ao pressuposto da utilização da capacidade de compreensão, o positivismo analítico surge como “clarificação do quadro geral do pensamento jurídico” (HART, 1994, p. 1). Assim, pela iniciativa e pela criatividade, sustentadas na vontade, surge a investigação, com o fim último do conhecimento. Neste sentido, o conhecimento desejado relaciona-se com o conhecimento do direito, da liberdade e da normatividade, segundo Herbert Hart. Por conseguinte, através da obra deste filósofo,

podemos conhecer o significado, o funcionamento e a validação conceituais por ele teorizados.

Os conceitos de direito, liberdade e normatividade são, pois, o alvo da nossa investigação, dada a importância que o filósofo lhes confere. Hart apresenta a sua investigação na sua *textura aberta* do direito, onde mostra a eficácia de um sistema normativo e a hermenêutica do conteúdo da lei, tendo em conta o funcionamento das regras, fundadas na existência de uma noção válida. Hart argumenta que:

Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudessem perceber, sem ulteriores diretivas, padrões esses exigindo deles certa conduta conforme as ocasiões, nada daquilo que agora conhecemos como direito poderia existir. Daí, resulta que o direito deva predominantemente, mas não de forma alguma exclusivamente, referir-se a categorias de pessoas, e a categorias de atos, coisas e circunstâncias, e o seu funcionamento com êxito sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade largamente difundida de reconhecer atos, coisas e circunstâncias particulares como casos das classificações gerais que o direito faz (HART, 1994, p. 137).

O importante a notar é que o filósofo britânico faz a separação conceitual entre direito e moral. Afirmar que “uma resposta direta a uma situação correta não é mediada por um cálculo em termos de regras; as ações são verdadeiras aplicações da regra e residem na sua situação concreta em certas circunstâncias” (*idem*, p. 153). Neste sentido, Lacey sugere o seguinte:

O cerne da teoria de Herbert é a ideia surpreendentemente simples de que a lei é um sistema de regras estruturalmente semelhantes, tanto na forma como na função, às regras dos jogos, xadrez ou críquete. As regras são de diferentes tipos, com funções complementares. Algumas regras primárias regem diretamente o comportamento. Mas um sistema inventado unicamente de regras primárias levaria, Herbert argumentou, a um mundo de incerteza, ineficiência. Daí regras secundárias de reconhecimento, adjudicação e alteração saem, prevendo a validação, aplicação e alteração das regras primárias. [...] Para Herbert, esta união das regras primárias e secundárias foi a chave para a ciência do direito (LACEY, 2004, p. 225).

Como pode observar-se, o fundamento e a legitimidade do “sistema jurídico consiste na situação em que a maioria obedece habitualmente às ordens” (HART, 1994, p.111), ou seja, a legitimidade do sistema jurídico depende do reconhecimento e da aplicação, conforme a interpretação da lei.

A análise do significado das regras, das normas e do direito deve fazer-se com base na necessidade e na situação social. Estes aspetos constituem-se como a chave do

entendimento das concepções de ordem, obediência, hábitos e ameaças. Neste sentido, é necessário ter em conta a perspectiva de Hart, nomeadamente a distinção que faz entre regras primárias e secundárias, conforme dissemos anteriormente.

Assim, podemos concluir que o ponto culminante das noções de regras de Hart está nos conceitos jurídicos, tendo em conta o envolvimento de um ponto de vista interno, a partir do qual podem surgir novos conceitos, tais como legislação, jurisdição, validade, entre outros. Do ponto de vista externo, trata-se das formas de criação jurídica do legislador, da adjudicação de um tribunal, do exercício do poder público ou privado e demais casos relacionados com as regras secundárias. Deste modo, percebe-se também que a combinação dos dois tipos de regras tem como objetivo regulamentar certos atos e aspetos do direito numa situação social em que as regras tenham de ser aceites e aplicadas.

A crítica de Hart à teoria de justiça de Rawls ampliará os fundamentos da visão do filósofo norte-americano, particularmente refletida na posição de corrigir o que Rawls passou a ver como erros nos argumentos de algumas teorias. O estudo está norteando em conformidade com a tese da doutrina e do argumento de oposição em ambos autores, Hart e Rawls. A partir das teorias deles, pretendemos mostrar, por intermédio do ato de investigar com o ponto central de onde provém da crítica do filósofo utilitarista, de Universidade de Oxford, Reino Unido, Herbert Hart, com fim de dar a conhecer e aprofundar o conhecimento com a tese centrais, onde se definida a partir das seguintes ideáveis, a saber: a justiça em questão no pensamento de Hart; Hart e noção de regras, comando e obrigação; o pacto de regras comando, obrigação e obediência, e o pacto de regras primárias e secundárias como lúmen do direito.

Hart⁴⁶ foi um dos autores contemporâneos e filósofo ocidental que fez a crítica ao filósofo liberal norte-americano, John Rawls, após a publicação da sua obra mais famosa, *uma Teoria da Justiça*, em 1971. Crítica a essa obra provém de diversos autores, a saber: de Habermas, Nozick, Dworkin, Perelman e Hart, entre as quais. Ora, a investigação que pretendemos desenvolver no itinerário deste estudo centra-se na

⁴⁶ Herbert Lionel Adolphus Hart nasceu em Harrogate, Reino Unido, no dia 18 de julho de 1907, e faleceu em Oxford, Reino Unido, no dia 19 de dezembro de 1992, aos 85 anos. Foi educado no New College, Oxford. Seu interesse intelectual abrangeu áreas como o positivismo jurídico, a jurisprudência, a filosofia política, a filosofia do direito, a filosofia da linguagem, o liberalismo e o utilitarismo. Sua obra mais renomada, *O Conceito de Direito*, foi publicada pela primeira vez em 1961, com uma segunda edição, incluindo um novo pós-escrito, lançada postumamente em 1994, e uma terceira edição em 2012. Este livro, amplamente reconhecido como sua obra mais influente, surgiu de uma série de palestras que Hart começou a ministrar em 1952. Ele também foi antecipado por sua palestra em Harvard, *Positivismo e a Separação da Lei e da Moral*, proferida na Escola de Direito de Harvard.

exploração da tese da crítica do filósofo britânico, Herbert Hart às deficiências da teoria de justiça, do filósofo liberal norte-americano, John Rawls.

A partir de uma apreciação da crítica da obra de Rawls, aparece a distinção conceitual entre ambos. Assim, olhando do ponto de vista da tese da crítica à teoria da justiça, Hart apontou defeitos à teoria de justiça de Rawls, mais particularmente lacunas e a insuficiência do subterfúgio da posição original na determinação da prioridade das liberdades básicas e da ausência de critério satisfatório para ajustá-la nas demais etapas do procedimento. Além disso, nessa margem, o filósofo utilitarista deixa-se ver a insuficiência do artifício da posição original na determinação da prioridade das liberdades básicas e a ausência de critério satisfatório para ajustá-las nas demais etapas do citado procedimento. Por intermédio dessa prova do argumento, o filósofo britânico torna-se visível a inexistência de motivação suficiente a demonstrar que as pessoas não prefeririam obter vantagens económicas em detrimento de algumas de suas liberdades.

Assim sendo, a versão mais elaborada, é demais antagonismo de ideias do filósofo britânico à alguma doutrina de justiça do filósofo norte-americano, John Rawls. Hart dá mostra de que as proposições legais são válidas apenas quando elas decorrem de decisões explícitas dadas por instituições legais como por exemplo, as decisões do poder judiciário, previamente autorizadas pela Constituição.

Da posição dos elementos comentada, sobrevém a forma da crítica, formulada de modo parcial e mostrada a crítica aos princípios da justiça, apresentada em 1973, do artigo *Rawls on liberty and its priority*, a partir do segundo princípio que diz respeito ao princípio de justiça na obra publicada. Do artigo supracitado, o autor enfatiza o seu raciocínio, que tem origem no primeiro de princípio da teoria de justiça rawlsiana, mostrado uma impugnação na fundamentação da primazia das liberdades básicas. Assim, então, os princípios da justiça são “reforçados através do argumento da posição original” (ESPADA; ROSAS, 2004, p. 95).

Na posição original as liberdades básicas e fundamentais devem ser ajustadas uma às outras em consonância com as circunstâncias sociais. Ela exerce sua função como “um dispositivo de representação para os cidadãos de uma sociedade democrática, na qual existe divisão quanto ao que se entende por justiça” (RAWLS, 1971, pp. 22-25). Aí, as partes que nos representam devem ser preferir o melhor entendimento a partir de “uma lista prévia fornecida pela história do pensamento político” (ESPADA; ROSAS, 2004, p. 96). O caráter dessa opção visa garantir a equidade da escolha em situação real.

A crítica à obra do filósofo liberal norte-americano, de John Rawls, mostra que por um lado, aceitará críticas relativas às deficiências de sua teoria e por outro lado, ele tenta defender suas doutrinas centrais mediante as ideias fundamentais, tanto do princípio de justiça bem como da posição original. Por conseguinte, toda a crítica da teoria de justiça de Rawls posta como uma crítica construtiva, como proposta de corrigi-las. Conhecido por isso, já que a natureza da crítica necessitará uma resposta mais adequada para a questão disputada. Sendo assim, a meta da resposta às objeções dadas pelas adversárias, sobretudo de Herbert Hart, difundida por intermédio de Conferência VIII do *Liberalismo Político* (2005), obtendo resposta do filósofo liberal norte-americano, John Rawls, presenteada e explicitada nos argumentos apresentados nos textos *Basic liberties and their priority* (RAWLS, 1982) e *O construtivismo kantiano na teoria moral* (RAWLS, 1980), em que Rawls distingue “racional” e “razoável” para afirmar que os princípios de justiça devem ser pensados sob a orientação do razoável, lide com o “fato do pluralismo”, que é próprio das sociedades modernas ocidentais. Daí, o filósofo liberal norte-americano reproduz, fundamentalmente, uma versão revisada, de sua *Tanner Lecture*, ministrada na Universidade de Michigan, no mês de abril de 1981, e publicada em 1982.

Por conta disso, em conformidade com a percepção de Rawls, essa conferência tem como objetivo de responder, de forma sistemática, as duas grandes objeções apontadas, em 1973, pelo jurista e filósofo de Herbert Hart, enfatizado no seu artigo, *Rawls on Liberty and its Priority* (HART, 1975, pp. 249-252). Na primeira objeção, Hart mostra que: “Rawls não teria explicado suficientemente as razões pelas quais as partes, na posição original, adotariam as liberdades fundamentais e concordariam com sua prioridade. Enquanto, em segunda objeção, o filósofo britânico, argumenta que : “se aplicam os princípios de justiça nas etapas constitucional, legislativa e judicial, nenhum critério satisfatório é apresentado quanto a como as liberdades fundamentais poderiam especificar-se e ajustar-se uma às outras, quando as circunstâncias sociais vão tornando-se conhecidas.

Segundo Hart, então, a carência da teoria de justiça do filósofo norte-americano, determinada no desregramento de não dar vastidão à noção de liberdades básicas (*basic liberties*), apontado no primeiro princípio de justiça e de não apresentar argumentos suficientes em algumas partes da sua teoria. Ainda por cima, essas deficiências tornam-se o alvo principal das críticas de Hart. O filósofo inglês comenta o valor das liberdades como o desimpedido. Para entender tal concepção, o interesse racional das partes na

posição original vem a conduzir à realização de demandas pessoais e em prol de valorização da propriedades individual.

Hart, portanto, é um autor produtivo no campo do estudo de “moral, filosofia política e de filosofia do Direito” (HART, 1994, p. 3). A obra *The Concept of Law*, onde pensa muito sobre “o que é Direito?”. Além disso, é reconhecida como uma das obras mais influentes no século XX, publicada em 1961, demarcando numa nova era na defesa do positivismo Jurídica. Nessa obra, o filósofo britânico, na mesma obra, questiona “as correntes da filosofia jurídica que o antecedeu com a pergunta chave sobre: “o que é o direito?” (CL. 1994, p. 21). É um livro que mostra pensamento dominante sobre “as deficiência de um modelo simples de sistema jurídica, construído segundo as linhas da teoria interpretativo de Austin.” (HART, 1994, p. 2). Dentro dessa obra, o filósofo utilitarista, britânico, Hart, enquadra os distintos pontos e as distintas opiniões. Uma dela é o exposto da noção de regras, comando e obrigação. Assim, Hart coloca o seu conceito do direito como “união de regras primárias e secundarias” (HART, 1993, p. 89).

Hart defende a noção de Direito como uma reunião de regras primárias de obrigação e regras secundárias de reconhecimento, de alteração/modificação e de adjudicação. Assim, o filósofo britânico descreve a existência de três regras secundarias. Elas são: *a regra de reconhecimento, a regra de mudança e a regra de adjudicação*. O primeiro diz respeito ao que dito por um governante ou o que está escrito em um livro sagrado. As regras de mudança indicam que elas podem ser criadas, alteradas ou excluídas, enquanto no terceiro, a regra de adjudicação, a regra pela qual a sociedade pode determinar quando uma regra foi violada e prescrever um remédio.

Em síntese, enquanto HART se concentra na natureza do direito como um sistema de regras sociais que são seguidas por autoridades reconhecidas, Rawls propõe um arcabouço de justiça baseado na ideia de um contrato social hipotético, onde as pessoas, sob um "véu da ignorância", decidiriam princípios de justiça para uma sociedade justa. Desse modo, enquanto HART enfatiza a importância da legalidade e das estruturas jurídicas existentes, Rawls priorizará a criação de princípios de justiça que assegurem a equidade e o bem-estar dos menos favorecido

3.2. Rawls e Perelman: o problema da justiça

A discussão entre os dois filósofos, Rawls e Perelman, ocorreu mais precisamente em 1967 (PERELMAN, 1967, p. 39). A própria crítica à teoria da justiça proposta pelo filósofo norte-americano John Rawls foi amplamente debatida e criticada pelo filósofo polonês Perelman. A raiz da discordância provém da deficiência na teoria do autor, especialmente a imperfeição da noção de justiça. Assim, o objetivo deste estudo é enfatizar o debate entre Rawls e Perelman sobre o conceito de justiça. A principal orientação desse estudo é restringir-se à busca do conceito de justiça, reconstruído diante da controvérsia entre o filósofo norte-americano e o filósofo belga, com o intuito de sustentar e promover uma noção justa perante a comunidade acadêmica em particular e a sociedade contemporânea em geral (PERELMAN, 1967, p. 39).

Perelman e Rawls oferecem, por isso, insights valiosos sobre temas como direitos individuais, justiça social e o papel do discurso público na formação de políticas. Nesse sentido, Perelman, em sua obra *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*, propõe uma abordagem da argumentação que enfatiza a importância do contexto e das audiências específicas na avaliação da eficácia de um argumento. Ele destaca a natureza dinâmica e persuasiva da argumentação, rejeitando abordagens puramente lógicas que desconsideram o papel das emoções e valores na formação de convicções. Por outro lado, Rawls, em sua obra seminal "Uma Teoria da Justiça", busca estabelecer princípios de justiça que possam ser aceitos em uma sociedade pluralista, através de um processo de deliberação pública racional.

Uma relação importante entre Perelman e Rawls está na ênfase que ambos colocam na importância do discurso público e da deliberação democrática. Perelman destaca como os argumentos são construídos e avaliados dentro de contextos específicos, levando em consideração as audiências e suas perspectivas. Rawls, por sua vez, argumenta que princípios de justiça devem ser escolhidos por trás de um "véu da ignorância", onde as pessoas deliberam sobre eles sem conhecer suas próprias posições na sociedade, buscando um consenso sobre o que é justo e equitativo.

Além disso, tanto Perelman quanto Rawls compartilham uma preocupação com a justiça e os direitos individuais. Perelman, em sua análise da argumentação, ressalta a importância de garantir que todos tenham a oportunidade de apresentar seus pontos de vista de forma eficaz e persuasiva. Da mesma forma, Rawls concebe seus princípios de justiça como proteções aos direitos básicos e liberdades fundamentais dos cidadãos, que são essenciais para garantir uma sociedade justa e igualitária.

No entanto, há também diferenças significativas entre as obras de Perelman e Rawls. Enquanto Perelman se concentra mais na prática da argumentação e na retórica, Rawls oferece uma teoria normativa abrangente da justiça. Enquanto Perelman está preocupado com a persuasão e a eficácia dos argumentos em contextos específicos, Rawls está preocupado em estabelecer princípios de justiça que possam orientar a estrutura básica de uma sociedade.

Outra diferença importante é a abordagem de cada um em relação à racionalidade. Perelman reconhece a influência das emoções e valores na formação de argumentos persuasivos, enquanto Rawls busca construir um modelo de deliberação pública que seja baseado em uma racionalidade compartilhada. Essas diferenças refletem diferentes ênfases e preocupações nas obras de Perelman e Rawls, mas também sugerem áreas de diálogo e complementaridade entre elas.

Por isso, como nos parece, a teoria da justiça de Rawls tem por base a qualidade dos princípios da justiça e é essa qualidade que pode garantir a justiça para todos. Em *Ética e Direito*, o filósofo polonês sustenta o conceito de justiça como a tensão entre a objetividade e a subjetividade bem como em ato justo e injusto. A prática do ato justo ou injusto pressupõe a condição, tais como o critério ou algum padrão comum. A qualificação de um ato de justo ou injusto, é necessário e necessita alguns critérios definidos conforme padrões comum aceitos por determinada sociedade. Segundo Perelman, então, a opção de “justo ou injusto pressupõe que estejamos recorrendo a algum critério estabelecido, a algum padrão comum, eventualmente até a um padrão aceito pela comunidade, e não simplesmente expressando um preconceito” (PERELMAN, 1969). A roubar dinheiro de um idoso é um ato injusto porque mostra a ruptura de uma regra. É uma prova do conhecimento lógico e dum entendimento de justiça.

O filósofo polonês tenta estabelecer um vínculo fundamental entre noções de justiça a partir de sua visão e análise de vários conceitos, tais como: o conceito em relação à coisa, seus méritos, suas obras, suas necessidades, sua posição e a lei atribuída. Cada um desses conceitos é analisado de acordo com sua forma de existência. O foco da análise desse filósofo se fixa em diversos aspectos, especialmente na justiça formal, igualdade, regularidade, procedimento da justiça e os aspectos da justiça.

A justiça formal, na jornada conceitual de Perelman, sugere a ideia de certa igualdade intrínseca. A noção de justiça tem sido discutida desde os tempos de Platão e Aristóteles até os filósofos contemporâneos, com cada um deles detendo conceitos e

acordos sobre o tema. A análise das noções de cada um deles, tanto das ideias de forma distinta quanto semelhante, oferece ao filósofo polonês o ponto de partida necessário para produzir a síntese de que "a ideia de justiça consiste em uma certa aplicação da ideia de igualdade" (Perelman, 1969, p. 45). Para Perelman, a igualdade é a riqueza de todos e representa a justiça perfeita, que consistiria na "igualdade completa de todos os homens" (Perelman, 1969, p. 15).

Segundo o filósofo polonês, a justiça formal é "um princípio de ação segundo o qual seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma" (Perelman, 1969, p. 19). A justiça reside no próprio ato de julgar, ou seja, a justiça constitui o espaço onde ocorre o conhecimento da justiça. A igualdade perfeita, méritos iguais ou condições iguais são essenciais para a justiça. Perelman pretende examinar e determinar o conceito de justiça em conformidade com as seis fórmulas.

A primeira fórmula diz respeito à ideia de que "a cada um, a mesma coisa", ou seja, "todas as pessoas têm a mesma categoria essencial", o que implica que "a cada membro da mesma categoria essencial, a mesma coisa" (Perelman, 1969, p. 21). É justo que todas as pessoas sejam tratadas da mesma forma, independentemente de serem jovens ou idosas, doentes ou saudáveis, ricas ou pobres, culpadas ou inocentes.

A segunda fórmula trata de "a cada um segundo seus méritos". É uma fórmula que busca demonstrar a justiça concreta, levando em consideração todas as complexidades envolvidas. Essa fórmula, na prática da justiça, exige a consideração indispensável do nível de capacidade de cada um. Por isso, Perelman (1969, p. 22) afirma: "Um julgamento pode ser considerado injusto devido à formulação concreta da justiça que é aceita; ela concebe a mesma fórmula de maneira diferente; uma representação diferente dos fatos e as prescrições de justiça fazem parte da mesma categoria essencial".

Alguns chegam até a afirmar que é no céu que a justiça será feita e que a recompensa ou punição justa será concedida pela vida praticada aqui. É uma hermenêutica comum entre os fiéis, guiada pelo conhecimento teológico. De forma holística, essa noção, implicitamente, pode marcar um juízo justo ou injusto. Filosoficamente, essa noção revela um conhecimento metafísico, ou seja, se abordada de forma subjetiva, é uma manifestação do conhecimento espontâneo.

A terceira fórmula, "a cada um segundo suas obras", está associada ao julgamento de uma fragmentação da noção de produção, que é considerada propriedade de uma categoria essencial do efeito de produção do conhecimento, cujos

conhecimentos têm igual valor perante suas inteligências profundas. O julgamento de Perelman está vinculado a um critério de proporcionalidade. O julgamento da simetria leva em conta a ação justa. A justiça leva em consideração apenas os critérios e padrões de cálculo. No entanto, a sociedade contemporânea criou um éthos comum chamado moeda, com seu valor determinado.

Na concepção da produção de obra, normalmente, há oferta e demanda. Dessa forma, a obra é um espaço de encontro de conhecimento e, ao mesmo tempo, há um movimento de busca e oferta. O objeto apropriado, nesse contexto, é a obra, entendida como capital, que pode ser convertido em dinheiro. Do ponto de vista da filosofia econômica, o próprio filósofo pretende mostrar e enfatizar o aspecto da proporcionalidade na distribuição. Essa ação considera uma obra exclusiva do homem. Essa obra também implica a vontade humana e as leis e costumes da sociedade atual. Assim sendo, o movimento da oferta e da procura, produzido segundo esses aspectos e realizado de forma eficaz, gera valores equivalentes. Todos eles contribuem para a afirmação de uma posição. Essa situação sustenta a disposição por aceitar a repartição dos homens em categorias superiores e inferiores. A intensidade dessa noção requer a continuidade da posição de uma pessoa. Por conta disso, Perelman necessita desenvolver seu conhecimento sobre a fórmula de posição para que a profundidade do conhecimento sobre a justiça permaneça.

A quarta fórmula diz respeito a "cada um segundo sua posição". O necessário desta fórmula é a demonstração dos argumentos de que os indivíduos têm existência real para serem tratados de acordo com a posição e a categoria a que pertencem. Dessa forma, as pessoas serão tratadas de maneira diferente. Num momento posterior à conceituação da justiça, examina-se minuciosamente a igualdade. Na fórmula de definição da justiça, a igualdade pretendida é a igualdade de oportunidade. Com esta consideração, já é possível afirmar que o jogo da justiça neste cenário é a justiça distributiva. Em relação à justiça distributiva, Rodriguez (1999) afirma que "cada pessoa deve ter direitos iguais às liberdades mais amplas, compatíveis com a liberdade dos outros, e as desigualdades sociais devem trazer benefícios aos menos favorecidos". Da compreensão da justiça distributiva, o direito se apresenta como a referência da decisão adequada ou justa e o embrião da política de igualdade de oportunidades.

Por fim, Perelman sustenta sua posição por meio de uma forma chamada de *lei na ordem de atribuição*. Ao analisar um julgamento justo ou injusto, manifesta-se uma tarefa com o objetivo de fundamentar a exposição do argumento segundo a lei. Na

concepção de justiça, o julgamento não usufrui da liberdade de escolha, pois deve aplicar a lei. Sendo assim, essa categoria, na forma da arte de esclarecimento, exige o julgamento que se submeta ao controle das instituições jurídicas, como o lugar onde ocorrem as audiências judiciais. Em síntese, segundo o filósofo belga, a justiça em sua interpretação meramente formal exige o estabelecimento das categorias essenciais e preconiza um tratamento igual para situações que se revelam. Do mesmo modo, o filósofo de Bruxelas não vê distinção entre razoabilidade e proporcionalidade.

A prática da justiça distributiva, orientada pela lei, visa evitar atos de injustiça. Segundo as ideias de Perelman, a norma serve como subsídio para garantir a proteção do princípio justo. A implementação desse princípio envolve uma combinação dos princípios de cooperativismo e equidade, com o objetivo de proporcionar benefícios que maximizem a satisfação geral. Assim, Perelman propõe que o propósito da justiça distributiva é eliminar diferenças quantitativas entre duas grandezas iguais, ou seja, expressar essa relação por meio de uma fórmula.

Na contemporaneidade, o novo poder da justiça assume a forma de um entusiasmo expresso na ruptura das desigualdades e na tentativa de remodelar as condições de vida humana. Na prática concreta da justiça, surgem situações conflituosas devido à aplicação da justiça e aos efeitos das diferentes necessidades. Este conflito surge da tendência de não tratar igualmente a todos. Portanto, as antinomias entre justiça e equidade merecem atenção. Nesse sentido, conforme Perelman (1992, pp. 36-37):

"Quando surgem as antinomias da justiça e quando a aplicação da justiça nos força a transgredir a justiça formal, recorreremos à equidade. Esta, que podemos considerar a muleta da justiça, é o complemento indispensável da prática formal, sempre que a aplicação desta se torna impossível. Consiste ela numa tendência a não tratar de forma excessivamente desigual os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial."

Evidencia-se que, no âmbito da cognição humana, a desigualdade afeta as condições humanas, colocando alguns em situações desfavoráveis. A falta de consistência é vista como uma falha da justiça, resultando na ausência de regularidade. A falta de regras abre espaço para a aplicação da irregularidade. Simplesmente, a aplicação da regra no contexto da prática de justiça torna-se uma correção, já que a regra enuncia a obrigação de tratar de maneira igual todos os seres de uma determinada categoria. Portanto, Perelman argumenta que a justiça não pode ser entendida sem regras. A regra é a luz do ato justo, ou seja, o ato justo é praticado segundo a lei.

As questões levantadas estão fundamentadas na arbitrariedade da regra. Perelman questiona se as regras são arbitrárias e alerta que as normas arbitrárias podem ser injustas, especialmente quando tratam de maneira desigual pessoas de categoria igual. Daí, Perelman defende a eliminação da arbitrariedade da norma, para que ela não seja vazia. A faculdade intelectual da norma é a fonte do exercício da justiça.

As divergências entre Perelman e Rawls na discussão sobre a justiça revelam uma imperfeição na noção e no sistema de justiça, refletindo-se em seus pontos de vista contrastantes. Segundo Perelman, "não há um ideal de justiça único e disponível", mas sim múltiplas formas de ideal, cada uma conferindo prestígio a um determinado conceito (Perelman, 1999, p. 61). Ele argumenta que a justiça é uma noção prestigiosa e confusa, encontrada na ideia de justiça formal e operacionalizada segundo normas ou leis.

Enquanto Perelman enfatiza três aspectos fundamentais em sua exploração da justiça - o ato justo, a regra justa e o homem justo -, fundamentados na teoria de Aristóteles, Rawls emerge como um pioneiro da teoria contemporânea da justiça. Sua obra mais conhecida, "A Theory of Justice", publicada em 1971, é amplamente reconhecida como uma contribuição significativa para a ética, filosofia política e filosofia do direito. No entanto, essa obra não está isenta de críticas, especialmente por parte de filósofos como Perelman.

Perelman destaca que suas observações sobre o ato justo, a regra justa e o homem justo ecoam as ideias desenvolvidas por Aristóteles, mas são reinterpretadas à luz de sua própria compreensão e contexto. Ele argumenta que o ato é justo quando realizado conforme a lei ou a regra estabelecida. Perelman exemplifica as diversas formulações da regra de justiça, incluindo a máxima kantiana do imperativo categórico.

Por outro lado, Rawls propõe uma concepção de justiça baseada em consensos sobrepostos, que surgem de doutrinas filosóficas e religiosas opostas, mas compatíveis com uma sociedade democrática. Ele enfatiza a importância da liberdade individual e da autonomia na determinação dos fins de cada indivíduo. Rawls propõe uma teoria contratualista da justiça, na qual as partes contratantes concordam com princípios de justiça racionais a partir de uma posição original.

O embate entre Perelman e Rawls reflete uma oposição fundamental na ética entre Kant e Hegel. Enquanto Rawls segue uma tradição kantiana, buscando uma teoria moral contratualista, Perelman questiona a existência de um valor supremo que

determine todos os outros valores. Ele argumenta que os casos particulares sempre requerem interpretação, e a aplicação da justiça deve levar em conta as circunstâncias específicas de cada situação. Essa divergência revela a complexidade da teoria da justiça e a necessidade de considerar diferentes perspectivas na busca por uma sociedade mais justa.

3.3. Rawls e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos

A troca de opiniões entre Rawls e Dworkin inicia uma crítica ao positivismo, como evidenciado por Dworkin: "cada um de nós tem seu próprio Immanuel Kant, e, de agora em diante, cada um de nós lutará pela bênção de John Rawls" (DWORKIN, 2003-2004, pp. 1387-1398). Isso demonstra um reconhecimento intelectual ao filósofo político norte-americano. Ambos os pensadores compartilham a visão de que a filosofia do direito é essencialmente política.

Ronald Dworkin, ao contrário de Rawls, dedicou-se principalmente ao estudo da teoria geral do direito, embora ambos contribuam para a filosofia do direito. Dworkin está inserido numa discussão sobre Rawls como "filósofo do direito e jurista" (DWORKIN, 2010, p. 1387), reconhecendo sua influência. A interseção entre suas abordagens reflete a complexidade da relação entre teoria do direito e filosofia política.

As diferenças entre as teorias de Rawls e Dworkin levantam questões sobre o positivismo jurídico. A justiça é central nesse debate, destacando a necessidade de promover ações justas e suprimir leis injustas em todos os níveis. A crítica ao positivismo jurídico desafia a ideia de que o direito é simplesmente um conjunto de regras desvinculado de considerações morais.

Rawls enfatiza que a "estrutura básica da sociedade é o assunto principal da justiça" (RAWLS, 1999[a], a p. 7), enquanto Dworkin aborda a justiça como uma virtude das instituições sociais. Ambos contribuem para o debate contemporâneo sobre igualdade e justiça. Suas perspectivas complementares ampliam nossa compreensão das questões fundamentais da justiça social.

O pensamento político de Rawls revitaliza a filosofia política, centrando-se na igualdade e na justiça como parte de um complexo que inclui "liberdade, igualdade e recompensa por serviços que contribuem para o bem comum". A abordagem pluralista desses conceitos reflete a diversidade de perspectivas na teoria política contemporânea.

3.3.1. O positivismo jurídico e o direito em Dworkin

Enquanto o positivismo jurídico enfatiza a separação entre o direito e a moral, Dworkin argumentou que o direito não pode ser compreendido apenas como um conjunto de regras emanadas de autoridades políticas ou legislativas. Assim, para Dworkin, a essência do direito está intrinsecamente ligada à moralidade. Ele defendeu que "a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes" (GUEST, 2010, p. 7). Isso significa que, ao interpretar e aplicar o direito, é essencial considerar não apenas suas fontes formais, mas também seus princípios morais subjacentes. Dworkin via o direito como um sistema de princípios que busca alcançar a justiça e a equidade em todas as suas decisões.

Em contraste com o positivismo jurídico, que se concentra na autoridade das normas jurídicas, Dworkin desenvolveu uma abordagem interpretativa do direito, conhecida como interpretativismo. Esse enfoque destaca a importância da coerência e da integridade na interpretação das leis. Dworkin argumentou que o direito deve ser interpretado de maneira a formar um sistema coerente e integrado, no qual cada decisão é fundamentada em princípios jurídicos consistentes.

Essa perspectiva interpretativa de Dworkin contrasta com a abordagem positivista, que tende a enfatizar a autoridade das normas legais sem considerar sua relação com a moralidade. Enquanto o positivismo jurídico permite uma interpretação mecânica das leis, o interpretativismo de Dworkin exige uma análise mais profunda dos princípios subjacentes ao direito.

Além disso, Dworkin criticou o utilitarismo e o positivismo por não darem a devida importância aos direitos individuais e à justiça. Ele argumentou que o direito deve proteger os direitos fundamentais dos indivíduos e promover a igualdade perante a lei. Essa ênfase nos direitos individuais e na justiça social é uma característica distintiva da teoria do direito de Dworkin.

Ao desenvolver sua teoria do direito como alternativa ao positivismo, Dworkin também buscou incorporar elementos da teoria moral e política em sua análise. Ele defendeu um "programa político defensivo das ideias de equidades, do processo legal justo e dos direitos individuais como aspectos fundamentais da legalidade e uma perspectiva liberal da política, da ética e do direito" (MORRIN, 2006, p. 469). Essa abordagem integrada do direito reflete o compromisso de Dworkin com a justiça e a igualdade em todas as esferas da vida social.

Em resumo, a teoria do direito de Dworkin representa uma importante crítica ao positivismo jurídico e uma proposta de interpretação mais abrangente e moralmente fundamentada do direito. Sua abordagem interpretativa enfatiza a importância da coerência, integridade e justiça na interpretação e aplicação das leis, contribuindo para uma compreensão mais profunda e significativa do papel do direito na sociedade.

3.3.2. Rawls em vista de Dworkin

Na perspectiva de Dworkin, Rawls é caracterizado como "um filósofo do direito" (DWORKIN, 2007, p. 1). Dessa forma, Dworkin sustenta um raciocínio para apoiar a construção teórica de Rawls, especialmente sob a ótica interpretativista. Nesse contexto, o direito é entendido como resultado da interpretação conceitual de cada caso, em contraposição à visão positivista que o encara como uma descrição meramente sociológica das normas legais.

A conceituação de Rawls sobre a justiça é vista como valiosa e útil por Dworkin, sendo aplicável a todos os indivíduos e permitindo uma compreensão compartilhada e utilizável da justiça. Rawls associa sua formulação do conceito de justiça à justiça social, defendendo que a justiça é essencialmente política, aplicando-se à estrutura básica da sociedade. Segundo Rawls, "a estrutura básica da sociedade é o primeiro objeto dos princípios de justiça social" (RAWLS, 2000[b], p. 57). Essa abordagem representa uma alternativa à forte tradição da teoria desenvolvida na filosofia inglesa e coloca Rawls em oposição ao utilitarismo.

O utilitarismo, defendido por filósofos como Bentham, Hume, Mill e Sidgwick, sustenta que a sociedade é justa quando suas instituições maximizam a satisfação geral. No entanto, Rawls se opõe ao utilitarismo, bem como ao intuicionismo e ao perfeccionismo. Para ele, a justiça política é baseada em princípios fundamentais que devem ser ponderados e comparados para determinar o que é mais justo.

Rawls, então, utiliza o método interpretativo do equilíbrio reflexivo para desenvolver seus argumentos sobre o que é justo e injusto. Dessa forma, a justiça é entendida como promovendo uma leitura moral e reconciliando o direito com a moralidade sem recorrer a justificações metafísicas. Assim, o direito é visto como a instância referencial da justiça.

Assim, seguindo a leitura de Gargarella, a convergência entre Dworkin e Rawls em relação à justiça é considerada mais forte do que suas divergências

(GARGARELLA, 2008, pp. 287-296). Dessa forma, é fundamental explorar se essa convergência se sustenta no plano da teoria e filosofia do direito. Dworkin não se limita à filosofia política, mas também busca aperfeiçoar a visão de Rawls. Assim, a convergência entre os dois filósofos fortalece o campo da teoria e filosofia do direito.

No que diz respeito à divergência entre os dois filósofos, é possível encontrar elementos em suas obras, como "Levando os Direitos a Sério", de Dworkin, e "Uma Teoria da Justiça", de Rawls. Dworkin reconhece a obra de Rawls como uma contribuição fundamental para o entendimento da filosofia do direito (DWORKIN, 2006, p. 349).

Por essa razão, as teorias políticas de Dworkin e Rawls destacam o procedimento construtivo e racional, baseado em normativas, na cultura política contemporânea. Ambos defendem uma sociedade regida por uma concepção de justiça caracterizada por várias concepções pluralistas, incluindo doutrinas morais, religiosas e filosóficas, muitas das quais são inconciliáveis entre si.

Dworkin argumenta, então, que a concepção de legalidade ou estado de direito oferece a melhor forma de entender os argumentos apresentados pelos principais filósofos do direito. Ele destaca a importância de um equilíbrio entre princípios na tomada de decisões jurídicas.

Além disso, Dworkin interpreta as principais contribuições de Rawls à filosofia do direito e afirma que a teoria de Rawls é mais compatível com o positivismo jurídico. Ele busca sustentar a concepção de Rawls a partir de uma lista simplificada de preferências. No entanto, os vínculos entre Dworkin e Rawls são mais fortes do que suas divergências (GARGARELLA, 2008, p. 65).

Já Rawls defende uma concepção de justiça conhecida como "justiça como equidade", desenvolvida a partir da ideia de um contrato social. Ele enfatiza a independência da virtude social da justiça e do respeito pelos direitos individuais em sua teoria do direito. É exatamente aqui que nos deparamos com uma virada filosófica importante operada por Rawls em relação à tradição positivistas: enquanto os positivistas, de uma forma geral, assume a justiça como uma consequência do sistema legal, Rawls compreende a justiça como um ponto de origem de toda a estrutura judicial. É sobre tal hipótese que construímos a tese de nosso trabalho.

3.4. Rawls e Habermas: Um debate sobre o liberalismo político

A substância do debate entre Habermas e Rawls, exposta em *Liberalismo Político*, deve ser analisada de uma forma particularmente crítica. Sabe-se que o ponto central dessa análise restringe-se a três problemas essenciais: o conceito de "posição original", a "ideia do consenso sobreposto" (RAWLS, 1996, p. xiv) e o "primado dos direitos liberais" (Idem) sobre o princípio democrático de participação. Esses aspectos foram explorados na Teoria da Justiça de Rawls e foram posteriormente reconstruídos em diversas obras do autor, tanto em *Liberalismo Político* quanto em *A Teoria da Justiça como Equidade* (Ibidem, p. xv).

Nesse contexto, Rawls reconhece as objeções de Habermas como uma luz que destaca as principais diferenças e disputas teóricas entre os dois. A análise filosófica de nossa tese, por um lado, realizar uma reconstrução das principais críticas apresentadas por Habermas, e, por outro, considerar as respostas e considerações teóricas de Rawls. Diante da polêmica entre os dois filósofos, compreendemos que Rawls não apenas réplica as objeções de Habermas a partir de uma explicação adequada sobre a noção de Liberalismo Político (RAWLS, 1995, p. 132), mas também admite as limitações de sua própria teoria. Portanto, a insatisfação e a concessão mútua entre as duas partes marcam uma disposição à natureza científica e ao encontro do conhecimento crítico (HABERMAS, 1995, p. 110). Nesse sentido, as críticas de Habermas abrem caminho para que Rawls responda a essas objeções de forma instrutiva.

A resposta de Rawls a Habermas começa, na parte I de sua obra, com uma revisão das principais diferenças entre os pontos de vista de ambos, com ênfase nas diferenças de objetivos e motivações (Cfr. RAWLS, p. 132). Essas críticas são tratadas com maior profundidade nas partes II e III (Idem) do seu artigo. A explicação e resposta de Rawls são mais detalhadas nas partes I e II (Idem). No estudo do *Liberalismo Político*, afirma-se que o liberalismo político representa um salto importante na justificação pública da noção de justiça e privilegia a importância da participação política dos cidadãos. Ele é entendido como "uma doutrina que pertence à categoria do político" (RAWLS, 1995, p. 133). Nesse sentido, o liberalismo político pressupõe que, para a política, "uma pluralidade de doutrinas abrangentes, razoáveis, porém incompatíveis, é resultado normal do exercício da razão humana dentro da estrutura das instituições livres de um regime democrático constitucional" (RAWLS, 1996, p. xvi).

Em síntese, é possível afirmar que a divergência entre as concepções de Habermas e Rawls reflete uma diferença fundamental no modo como cada filósofo aborda a questão da justiça e da legitimidade política. A concepção política deve ser,

por assim dizer, “política e não é metafísica” (RAWLS, 1996, p. 10). O Liberalismo Político procura uma concepção política de justiça que possa ganhar o apoio de um consenso sobreposto de doutrinas tanto de doutrinas religiosas, filosóficas bem como doutrina morais razoáveis numa sociedade por ela regulada.

Enquanto Habermas enfatiza a teoria do discurso, que visa reconstruir a autocompreensão moral de uma consciência universalista e das instituições liberais do Estado democrático, Rawls adota uma abordagem hipotética e procedimental, centrada na posição original e no conceito de justiça como equidade. Habermas, ao destacar a contingência da razão e a necessidade de uma razão processual, critica a visão essencialista de uma verdade universal, propondo uma razão que se coloca à prova em suas próprias condições de argumentação (HABERMAS, 1994, p. 11). Por outro lado, Rawls, ao propor o véu da ignorância como uma condição equitativa para a escolha de princípios de justiça, busca criar uma base justa para a construção de uma sociedade pluralista e democrática, onde as partes se encontram em condições de igualdade para deliberar sobre os princípios que governarão a convivência social (RAWLS, 1995, p. 50).

3.4.1. As críticas de Habermas à posição original

Uma das principais objeções do filósofo alemão Habermas à teoria de Rawls diz respeito à posição original. Rawls defende que a posição original é um dispositivo hipotético destinado a identificar os princípios de justiça mais adequados para assegurar liberdade e igualdade em uma sociedade justa. Para ele, a posição original visa descobrir quais princípios de justiça, fundamentados em uma concepção tradicional, são mais apropriados para garantir esses valores. Contudo, para Habermas, a construção dessa posição original se afasta da noção de autonomia política em dois aspectos principais: primeiro, na igualdade das partes que buscam vantagens racionais; e, segundo, nas restrições formais que caracterizam a equidade e imparcialidade das escolhas (HABERMAS, 1995, p. 111).

De acordo com Rawls, a posição original abstrai as contingências do mundo social e das condições históricas, permitindo um acordo justo sobre os princípios da justiça política entre pessoas livres e iguais. Esse acordo visa regular as instituições que compõem a estrutura básica da sociedade, estabelecendo princípios que guiarão a convivência política no futuro (Cfr. RAWLS, 1996, p. 22). Em sua Teoria da Justiça

como Equidade, Rawls reformula a doutrina do contrato social e a cooperação entre cidadãos livres e iguais, buscando garantir a primazia da liberdade e da igualdade. Ele propõe uma doutrina que pertence à categoria política e justifica-se de maneira independente, fora do alcance de doutrinas religiosas, metafísicas ou morais abrangentes, que poderiam afetar as decisões políticas.

A posição original, portanto, deve ser vista como um dispositivo de representação hipotético, um modelo das condições justas dos interesses essenciais de um cidadão livre e igual, e das restrições aceitáveis sobre as razões disponíveis às partes para favorecer uma concepção política de justiça, apoiada pelas melhores razões e condições justas (Cf. RAWLS, 1996, pp. 25-26). Assim, a posição original funciona como um dispositivo analítico destinado a formular uma conjectura: que os princípios mais razoáveis de justiça política em uma democracia constitucional são aqueles aceitos por cidadãos livres e iguais, razoáveis e racionais. Em outras palavras, a posição original pressupõe que os cidadãos, sob condições equitativas e racionais, cheguem a um consenso sobre os princípios que governarão a sociedade. O pressuposto central é o de que, se todas as condições exigidas forem cumpridas e respeitadas, o consenso resultante será garantido como verdade ou validade.

Rawls, por sua vez, descreve a posição original como uma situação hipotética na qual sujeitos racionais, livres e iguais, escolhem os princípios que definirão a estrutura básica da sociedade, ou seja, os critérios que determinarão direitos, deveres e a divisão dos bens sociais. Neste contexto, a posição original visa modelar a liberdade e a igualdade, assim como as restrições sobre as razões que permitem que as partes cheguem a um acordo que seja justo e equitativo (RAWLS, 1996, p. 26). A posição original, portanto, serve como um dispositivo de reflexão pública, uma ideia mediadora que permite situar as partes em um espaço comum, onde suas convicções podem ser testadas e analisadas sob uma perspectiva racional e justa.

Habermas, no entanto, adota uma posição diferente em relação à posição original de Rawls. Para ele, todas as doutrinas mais elevadas ou metafísicas carecem de força lógica intrínseca. Habermas defende uma abordagem lógica, no sentido hegeliano, que analisa os pressupostos do discurso racional e inclui, dentro dessa análise, os elementos das doutrinas religiosas e metafísicas (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 82). Habermas critica a construção da posição original de Rawls, pois acredita que ela desvincula o conceito de autonomia política em dois princípios centrais: a

igualdade das partes que buscam vantagens racionais e as restrições formais que garantem a equidade e imparcialidade das escolhas (HABERMAS, 1995, p. 111).

Para Cohen, a posição original é vista como “uma máquina produtora de justiça” (COHEN, 2008, p. 5). Os princípios de justiça de Rawls são reforçados pelo “argumento da posição original” (ROSAS, 2004, p. 95), funcionando como um dispositivo de escolha autônoma e imparcial. Nessa perspectiva, as partes na posição original não enfrentam desvantagens, o que garante que as escolhas feitas por elas serão muito mais equitativas do que as escolhas feitas por pessoas reais (ROSAS, 2008, pp. 51-52).

A posição original de Rawls também reconhece os papéis e interesses das pessoas, mas substitui a concepção filosófica do indivíduo pelo conceito político de cidadãos como livres e iguais. A tarefa do construtivismo político, nesse sentido, é conectar os princípios de justiça política com a concepção de cidadãos razoáveis e racionais. Esses cidadãos são vistos como aqueles que chegam a um acordo sobre os princípios políticos em condições que os representam igualmente como razoáveis e racionais. Habermas, por sua vez, afirma que a posição original de Rawls deveria ser uma estrutura que determina a mudança no papel e no significado dos interesses individuais, apontando que a concepção política de justiça de Rawls não leva em consideração plenamente a dinâmica da autonomia política (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 81).

Em outras palavras, parece evidente que a ideia central do debate é que o liberalismo político opera dentro das “concepções independentes de direito político e justiça” (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 77), prestando atenção a diferentes concepções dentro da filosofia política, algumas liberais e outras não. Dessa forma, a justiça como equidade de Rawls se desenvolve dentro de uma concepção política liberal de justiça, voltada para a construção de um regime democrático. Cada concepção de justiça envolve princípios que garantem direitos, liberdades e oportunidades para os cidadãos, permitindo-lhes tomar decisões importantes sobre suas liberdades (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 78).

Em última análise, a disposição fundamental da posição original é uma proposta de cooperação social que deve ser razoável, de modo que outras pessoas possam aceitá-la como um acordo justo entre cidadãos livres e iguais, e agir de acordo com os termos dessa cooperação.

3.4.2. A crítica ao consenso sobreposto (*Overlapping consensos*)

O epicentro da segunda objeção de Habermas a Rawls está na percepção do conceito de consenso sobreposto. Há pelo menos duas questões levantadas por Habermas em relação a essa teoria. O consenso sobreposto é entendido como um mecanismo essencial para justificar, fortalecer e aprofundar a estabilidade social de maneira autônoma e razoável. Ele pode se manifestar nas “forças políticas, sociais ou psicológicas” (RAWLS, 2001, p. 192). Aqui, podemos destacar uma das formas pelas quais esse consenso sobre uma concepção política liberal, muito semelhante à justiça como equidade, pode ser alcançado. A prática e a fidelidade a uma concepção política dependem de sua visão abrangente, que pode ser resumida em três possibilidades: primeiro, a noção política provém de uma doutrina abrangente; segundo, a concepção política não é derivada dessa doutrina, mas é compatível com ela; terceiro, a concepção política é incompatível com ela (cf. RAWLS, 2001, p. 193).

Na sociedade democrática, a concepção política é discutida e aceita pela maioria dos cidadãos, que afirmam que a concepção política pública deve ser valorizada em função do bem comum. Nesse contexto, é evidente que a concepção política é o foco de um consenso que inclui tanto doutrinas religiosas de fé livre quanto o liberalismo no estilo de Kant ou Mill. No jogo político, a noção política reconhece seus conceitos, princípios e virtudes como conteúdo compartilhado, através do qual as diversas visões políticas se encontram e interagem.

A teoria de Habermas é analisada sob uma perspectiva comunicativa, com base na teoria da ação comunicativa, que se fundamenta em um modelo analítico da situação ideal do discurso. Esse modelo busca explicar a verdade e a validade dos julgamentos, tanto da razão teórica quanto da razão prática. As diferenças entre as posições de Rawls e Habermas residem, portanto, na forma como cada um entende a doutrina abrangente e o espaço de jogo da política.

Habermas reconhece que a legitimidade da democracia depende de um consenso, mas esse consenso deve ser atingido apesar do pluralismo razoável presente na sociedade. Nesse sentido, é necessário que a sociedade política alcance um consenso razoável. O liberalismo político de Rawls sustenta que, como cidadãos em uma sociedade democrática, devemos buscar a unidade social mais profunda e razoável, que pode ser alcançada por meio de uma base de princípios que interpretem a justiça de maneira coercitiva e holística. O pluralismo social, portanto, não é apenas um fato

social; ele é visto como o consenso sobreposto, construído a partir de um princípio de justiça. Rawls, então, busca demonstrar que os princípios de justiça são o meio para garantir a estabilidade social dentro de um sistema político, sendo indispensáveis para uma sociedade democrática.

A base razoável da unidade social não depende apenas da lei, mas também da justiça. Nesse sentido, Rawls afirma que:

A estrutura básica da sociedade é efetivamente regulada pela concepção política de justiça mais razoável; esta concepção política de justiça é confirmada por um consenso transversal formado por todas as doutrinas razoáveis abrangentes da sociedade, e essas doutrinas estão em maioria permanente em relação àqueles que rejeitam tal concepção; as discussões políticas públicas, quando tratam de elementos constitucionais e de questões de justiça básica, são sempre recidivas com base em razões especificadas pela concepção política de justiça mais razoável, ou por uma família razoável de tais concepções (RAWLS, 1995, p. 147).

Rawls, portanto, institui o consenso sobreposto dentro da ideia de uma concepção política de justiça. Para ele, o consenso é a base fundamental da unidade social, e a estabilidade só é possível quando as doutrinas que compõem esse consenso são afirmadas por cidadãos politicamente ativos, cuja aceitação das exigências da justiça não esteja em conflito com seus interesses essenciais, conforme moldados pelos arranjos sociais. A constituição de uma sociedade pluralista, portanto, pode assegurar a estabilidade social necessária para um sistema pluralista. Dessa forma, a noção de unidade social de Rawls deve ser fundamentada em um espaço de consenso.

Habermas, no entanto, apresenta uma objeção ao discurso de Rawls, questionando a relação entre a aceitabilidade racional dos princípios escolhidos e a estabilidade social que esses princípios deveriam garantir. Habermas argumenta que a teoria de Rawls não leva em consideração adequadamente a relação entre a aceitabilidade racional dos princípios e a estabilidade social produzida por tal sistema. Para Habermas, uma prova de aceitabilidade social não pode ser realizada dentro da teoria de Rawls sem referência à efetiva deliberação pública dos princípios que compõem a concepção política de justiça (HABERMAS, 1995, p. 121). Assim, ele defende que a criação de estabilidade social, dentro de uma teoria política, só pode ocorrer em uma sociedade justa que fomente a participação pública. A estabilidade social não é o resultado da escolha de cidadãos fictícios em um espaço hipotético, mas o fruto da participação coletiva e cidadã, exercida de forma imparcial, livre, igual e democrática.

O consenso, para Habermas, é a chave para valores comuns, pois garante um processo realmente democrático, livre da imposição de uma doutrina dominante. O consenso sobreposto acrescenta algo fundamental aos princípios de uma concepção política, funcionando como uma condição necessária para a estabilidade social. Esse consenso é formado por um equilíbrio reflexivo entre os cidadãos, que compartilham uma percepção política comum, baseada em suas diversas doutrinas razoáveis. Dessa maneira, a estabilidade social, construída a partir desse consenso, é legitimada pela deliberação pública, onde todos os participantes entendem o sentido da justiça e os bens sociais primários envolvidos, ficando satisfeitos com a escolha feita.

Não há justificativa pública válida, portanto, para uma sociedade sem um consenso razoável. Todos os cidadãos devem seguir um caminho legítimo e caminhar juntos em uma vida política compartilhada, com base em um senso comum. A política, nesse contexto, é conduzida por uma cultura democrática e por uma unanimidade maioritária, onde decisões plurais são tomadas por meio de formas de votação inclusivas. O exercício do poder político, assim, só é legítimo quando se dá em conformidade com uma constituição e é aceito por todos os cidadãos razoáveis, de forma livre e igual.

3.4.3. A crítica à supremacia da liberdade

A terceira questão levantada por Habermas diz respeito à supremacia da liberdade. Nesse contexto, a liberdade é entendida como as “liberdades dos modernos versus a vontade do povo” (RAWLS, 1995, p. 150). As objeções se referem à relação correta entre “duas classes familiares de direitos e liberdades fundamentais: as chamadas liberdades dos antigos e as liberdades dos modernos” (Idem). Assim, os direitos liberais dos modernos teriam, a priori, o efeito de degradar o processo democrático a um status inferior (RAWLS, 1996, pp. 64-67).

A crítica à primazia da liberdade, ou seja, à liberdade individual, pauta-se na consideração de que a liberdade de participação democrática é uma condição fundamental. Essa disposição encontra respaldo no pensamento rawlsiano, especialmente na construção da posição original. Nesse modelo, a autonomia e a primazia da liberdade do indivíduo são asseguradas, pelo menos em um regime democrático decente, por uma lei eficaz de liberdade de expressão com um fim específico, isto é, a busca pela verdade. Por isso, a crítica de Habermas se apresenta

como um teste à verdade ou à validade moral, formulada dentro de uma aceitação totalmente racional na situação ideal do discurso, desde que todas as condições exigidas sejam satisfeitas e todos os valores sejam acordados. A verdade, nesse contexto, é entendida como uma base partilhada pelas razões dos cidadãos, com um entendimento independente. Os cidadãos razoáveis defendem doutrinas razoáveis e abrangentes, pois apoiam a concepção política e a qualidade moral da cultura pública da sociedade política. Nesse sentido, a concepção política sustentada por Rawls, situada em um regime constitucional compartilhado, é “o fundamento comum e a base dos seus vários doutrinas abrangentes razoáveis” (RAWLS, 1995, p. 135).

Considerando a teoria da liberdade rawlsiana, tanto as concepções quanto os princípios apresentam a base para “conceber as pessoas como entes morais e iguais, a partir de uma posição original” e podem arguir perante a razão pública, mantendo seus valores sob o “véu da ignorância” (LIMA, 2019, p. 49). Para Rawls, a liberdade individual é “o valor absoluto do indivíduo” (Idem), um princípio que se enraíza desde a Revolução Francesa e passa a ser questionado já na “crise da economia capitalista de 1929” (Idem), deslocando o foco do discurso para a igualdade, como a política do Estado para garantir o acesso a bens primários.

No regime constitucional, a política do liberalismo político se situa no relacionamento entre “pessoas dentro da estrutura básica da sociedade, uma estrutura de instituições básicas em que entramos pelo nascimento e saímos pela morte” (RAWLS, 1996, pp. 135-136). Os cidadãos, ao nascerem, são “razoáveis e racionais, e possuem uma diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais, encontradas em sociedades democráticas, como uma característica permanente de sua cultura pública” (Idem). A intervenção do Estado é necessária e indispensável para assegurar a justiça como equidade. O Estado toma essa ação porque detém o poder político, que é “um poder coercitivo” (Idem, p. 136), uma vez que somente ele possui “autoridade para usar sanções e a força para manter suas leis” (Idem). Dessa forma, o liberalismo político opera em conjunto com três ideias fundamentais: o consenso razoável, a estabilidade por razões corretas e a legitimidade. Assim, a supremacia das liberdades individuais se torna um privilégio.

Habermas admite que a teoria de Rawls se inscreve na tradição das teorias de Rousseau e Kant, ao procurar deduzir ambas as liberdades da mesma raiz, isto é, da “autonomia moral e política” (HABERMAS, 1995, p. 127). Esse discurso se situa em uma sociedade política que busca alcançar um consenso razoável e sustenta que, como

cidadãos dessa sociedade, é possível alcançar uma unidade social. Esta unidade determina a estabilidade por razões corretas, explicada da seguinte forma:

A estrutura básica da sociedade é efetivamente regulada pela concepção política de justiça mais razoável; ela [a concepção política razoável] é confirmada por um consenso transversal formado por todas as doutrinas razoáveis abrangentes da sociedade, e estas estão em maioria permanente em relação àqueles que rejeitam tal concepção. As discussões políticas públicas, quando tratam de elementos constitucionais e de questões de justiça básica, são sempre [ou quase sempre] recidíveis com base em razões especificadas pela concepção política de justiça mais razoável, ou por uma família razoável de tais concepções" (HABERMAS; RAWLS, 1998, pp. 95-96).

Desse modo, a concepção política é confirmada por doutrinas abrangentes e razoáveis, representando o que os cidadãos consideram ser suas convicções religiosas, políticas ou morais. A razoabilidade, por um lado, expressa naturalmente uma atitude reflexiva de tolerância e, por outro, conduz à liberdade de consciência e à liberdade de pensamento.

Na teoria da liberdade partilhada por Rousseau e Kant, há uma relação correta entre as duas classes de direitos e liberdades fundamentais: as liberdades dos antigos e as liberdades dos modernos. O fato de essas liberdades compartilharem a mesma raiz e se manifestarem igualmente no primeiro princípio de justiça, adotado na posição original, reforça a ideia de que, para Habermas, as liberdades modernas não podem ser impostas como restrições externas ao processo político de autodeterminação dos cidadãos. Assim, a concepção política de justiça como equidade é entendida como um conceito que pertence à situação hipotética da posição original, sujeita ao véu da ignorância.

Dessa forma, a supremacia das liberdades individuais, asseguradas na condição hipotética, trata-se com o respeito à liberdade de participação política. Nesse sentido, os direitos liberais dos modernos tendem, a priori, a degradar o processo democrático a um status inferior. Habermas afirma que:

O tipo de autonomia política concebido na posição original e, portanto, no primeiro estágio de fundamentação da teoria, se limita a uma existência virtual, não se desdobra plenamente no coração de uma sociedade justamente constituída. Quanto mais se levanta o véu da ignorância e os cidadãos rawlsianos vão assumindo uma forma real de carne e osso, mais profundamente eles encontram-se submetidos a princípios e normas que

foram antecipadas nas condições teóricas e que são institucionalizadas sem qualquer participação” (HABERMAS, 1995, p. 128).

Considerando tal elemento, podemos observar que Habermas admite a ideia de autonomia política e a modela no nível da posição original. No entanto, a existência virtual dessa posição não se desenvolve plenamente na sociedade constituída com justiça. A justiça como equidade, aparentemente, pressupõe que a concepção de justiça dos cidadãos possa ser fixada de uma vez por todas. Portanto, as nossas ideias de justiça seriam fixas: “não podemos mudá-las sempre que quisermos para seguir os nossos interesses racionais ou o conhecimento das circunstâncias” (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 105).

Outrossim, em seu liberalismo político, Habermas também admite a ideia de autonomia política no nível da posição original. A autonomia política, concretizada em várias instituições e praticada em certas virtudes dos cidadãos, manifesta-se por meio do seu pensamento e conduta, nas discussões e deliberações, nas decisões e no cumprimento de um regime constitucional. O ideal de uma constituição justa é sempre algo que deve ser trabalhado progressivamente. Nessa linha, Habermas afirma:

[...] o Estado democrático constitucional não representa uma estrutura acabada, mas é um empreendimento delicado e, acima de tudo, falível e passível de revisão, cujo objetivo é realizar de novo o sistema de direitos, alterando as circunstâncias, ou seja, interpretando o sistema de direitos de forma mais adequada e implantando seu conteúdo de forma mais radical. Esta é a perspectiva dos cidadãos que estão ativamente envolvidos na concretização do sistema de direitos e que desejam superar a tensão entre a facticidade social e a validade, conscientes dos diferentes contextos (HABERMAS, 1994, p. 464).

Do ponto de vista da justiça, os cidadãos podem aceitar a justiça como equidade e utilizar seus conceitos e princípios nas deliberações políticas. No caso da justiça, os tipos de normas e informações são a raiz da intuição de nossos julgamentos políticos. A constituição torna-se a luz dos princípios de justiça e admite que esses princípios existem e permitem a realização dessa justiça. Este ponto é bem expresso pela afirmação de que, sob uma constituição justa, “os cidadãos não podem reiniciar a ignição do núcleo democrático radical da posição original na vida real da sua sociedade” (HABERMAS; RAWLS, p. 106). Assim, a justiça, o ato de fundação do Estado democrático de direito, o processo de concretização de direitos e os discursos essenciais de legitimação já estão sedimentados na constituição. Para tanto, o papel dos

juízes é fundamental para interpretar a constituição e as leis no âmbito do poder judiciário.

3.4.4. As respostas de Rawls às objeções de Habermas

As objeções de Habermas à teoria de Rawls abrem caminho para responder às críticas mais importantes que ele levanta nas Partes II e III de sua obra. Rawls inicia com um contexto ideal para explicar o significado do liberalismo político e contrastá-lo com a poderosa doutrina filosófica de Habermas. Ao fazê-lo, Rawls reconhece que suas formulações muitas vezes foram pouco claras e até enganosas, além de inconsistentes com seu próprio pensamento.

Sendo assim, a resposta de Rawls a Habermas começa nas Partes I e II, com uma revisão das principais diferenças entre suas perspectivas. Essas divergências são em grande parte motivadas por objetivos e premissas teóricas distintas. Rawls identifica duas diferenças principais entre as posições de Habermas e a sua: a primeira está relacionada à natureza teórica de suas respectivas teorias; a segunda diz respeito aos mecanismos de representação utilizados por ambos. A primeira diferença é mais fundamental, pois estabelece as bases e os limites para a segunda.

A diferença fundamental refere-se ao mecanismo representacional central de cada teoria: *para Habermas, é a situação discursiva ideal, como parte de sua teoria da ação comunicativa; para Rawls, é a posição original*. Esses mecanismos têm objetivos e funções diferentes, bem como características que atendem a propósitos distintos. A posição habermasiana é uma doutrina filosófica abrangente, aplicável tanto à razão prática quanto à razão teórica, e a teoria da justiça de Habermas se apresenta como uma concepção política. Já, na análise de Rawls, a partir da sua concepção de justiça como equidade, as liberdades modernas não impõem restrições prévias à vontade constituinte do povo, como Habermas sustenta.

Outrossim, no que tange à objeção de Habermas à posição original, Rawls defende que, a partir dessa posição, os indivíduos escolhem os princípios de justiça, adotando-os em diferentes cenários conforme as exigências da aplicação desses princípios. Os princípios de justiça são projetados para serem aplicados de forma que os arquitetos constitucionais da sociedade democrática possam utilizá-los. Se isso estiver correto, então Habermas não teria objeções à justiça como equidade, mas poderia rejeitar a constituição que ela implica e que assegura tanto as liberdades dos antigos quanto as liberdades dos modernos. Nesse sentido, a justiça como equidade é compatível e consistente com a soberania popular. Rawls, por sua vez, fundamenta essa

visão nos dois princípios de justiça, que sustentam a existência de uma constituição e a estrutura básica da sociedade como um sistema de cooperação social.

A concepção mais adequada de uma constituição não é uma questão resolvida exclusivamente por considerações de filosofia política, mas depende de uma compreensão do propósito e dos limites das instituições políticas e sociais, bem como de como elas podem ser implementadas de maneira justa. No contexto da relação dialética entre autonomia privada e autonomia pública, orientada pelos princípios da democracia, harmonia e equilíbrio, ambos os tipos de autonomia são plenamente alcançados.

Apesar das diferenças fundamentais, Rawls não concorda com a crítica de Habermas, que classificava a posição original como substancialista e fundamentada por um peso filosófico que afastaria a deliberação pública por parte dos cidadãos. Rawls refuta essa crítica e sustenta que as questões colocadas pela teoria devem ser vistas a partir da perspectiva dos cidadãos dentro da cultura da sociedade civil — que Habermas denomina como a esfera pública. Assim, as diferenças nas concepções políticas dentro da filosofia política revelam que a justiça como equidade é o desenvolvimento de uma concepção política liberal de justiça para um regime democrático.

Do ponto de vista da prática política, o regime democrático deve ser compreendido como um sistema que se sustenta sobre princípios fundamentais de direitos, liberdades e oportunidades, assegurando a todos os cidadãos a possibilidade de tomar decisões políticas cruciais de maneira autônoma e informada. Nesse contexto, a concepção liberal de justiça, como defendida por Rawls, entende os cidadãos como sujeitos racionais e razoáveis, igualmente livres e dotados de direitos, pertencentes a uma comunidade política que compartilha valores comuns, ancorados na cultura democrática da sociedade.

Ademais, a interação teórica entre as visões de Habermas e Rawls, embora marcada por divergências em relação aos mecanismos representacionais e às bases filosóficas que sustentam suas propostas, revela-se essencial para o entendimento das dinâmicas que estruturam o discurso público e a formação do consenso político em uma sociedade democrática. Em outras palavras, significa dizer que a análise conjunta dessas teorias proporciona uma reflexão profunda sobre como as liberdades individuais, a deliberação pública e os princípios de justiça podem ser concretizados em um regime político, contribuindo para a construção de uma esfera pública democrática onde os

cidadãos não apenas reconhecem, mas também validam, os princípios políticos que orientam suas interações sociais e políticas.

Por isso, como defendemos, a tese de que a justiça como equidade, em sua formulação rawlsiana, pode coexistir com a prática de uma deliberação pública democrática, longe de ser uma contradição, se revela como um modelo de democracia que integra os ideais de liberdade e igualdade com os mecanismos de cooperação política e social. Resta saber, por último, se isso é capaz de romper definitivamente com a tradição jurídica positivista e com suas bases utilitaristas.

CAPÍTULO IV

RAWLS E A TEORIA DE JUSTIÇA COMO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA

A filosofia política é a chave do pensamento,
da orientação, da reconciliação e de variação
(RAWLS, 2001, pp. 2-4)

Esse capítulo tem por objetivo apresentar a teoria da justiça como paradigma pós-positivista, refletida em três pontos, a saber: a teoria da justiça na esteira do pós-positivismo jurídico; os pressupostos mínimos para a construção de um ordenamento jurídico e a maneira como podemos revisita-la a partir dos argumentos neocontratualistas de John Rawls. Assim, o foco da presente estudo é recepcionar a justiça como paradigma pós-positivista.

O positivismo é um objeto e uma atitude científica que confina o debate acadêmica entre os diversos autores em distinta época para analisar e examinar os dados de sabedoria prática na sociedade humana. Neste sentido, o positivismo rejeita especulação e a priori para procurar confinar-se aos dados empirista nas diversas perspectivas e diferenças áreas.

A pluralidade da abordagem, tanto nas perspectivas filosóficas, políticas, sociológicas bem como jurídicas, depósito de garantia que a obtenção de uniformidade das noções não são fácil. Todavia, o positivismo, nas definições literal entende-se como um fenômeno social que consiste na progressiva permissão das condutas tradicionalmente condenadas ou excluídas pela lei. Essa permissão encontra-se em movimento ideológico que depende do individualismo liberal, do agnosticismo, do historicismo e do positivismo.

No sistema filosófico, o positivismo diz respeito a uma corrente de pensamento filosófico, empregado pela primeira vez por Saint-Simon, para designar o método exato das ciências e sua extensão a filosofia. Num momento posterior, foi adotado por Augusto Comte⁴⁷ para a sua filosofia, e no fim considerando como uma grande corrente

⁴⁷ August Comte, who may be regarded as the philosophical founder of modern positivism, distinguished three stages in the evolution of human thinking. They are (i) Theological (ii) Metaphysical (iii)

filosófica, desde meados do século XIX, na França; tendo sido escrito e desenvolvido por diversos autores nas diversas áreas, tanto nas áreas filosóficas, sociológicas quanto políticas. Desta forma, Comte foi reconhecido como o fundador filosófico do positivismo moderno. Do ponto de vista Comte, o positivismo classifica-se em três etapas, como etapa teológica, metafísica e positivista.

Philip Soper⁴⁸ concluiu que deveríamos abandonar o positivismo por uma teoria jurídica que se concentrasse na obrigação moral e política. Enquanto, Hobbes argumentou que “deveria receber o reconhecimento na história do debate sobre o positivismo jurídico” (SINGH, 2006, p. 30). O positivismo dá-se a conhecer em qualquer meio sistemáticos de comunicar ideias em todos os países do mundo ocidentais.

Ao fortalecer o conhecimento da noção do positivismo, é imprescindível aprofundar o conceito mediante uma abordagem histórica. Da personagem histórica, a principal noção do positivismo era a de que o conhecimento científico e caracterizadas pelo cientificismo, metodologia, quantitativa e hostilidade ao idealismo. Nesse sentido, o positivismo tem um sentido claro e indubitável, bem como um horizonte de referência muito amplo. Assim, clareia que o movimento positivista foi uma nova tentativas iniciais e um reprimípio para dar importância ou consagrar valor aos elementos Direitos.

Segundo o filósofo francês, Auguste Comte, o positivismo “tem um sentido claro, compreensível, mas desfocado e conseqüentemente, inadequado para o uso científico e filosófico, e para uma mais rigorosa dos campos de saber que costuma ser aplicado política positiva, direito positiva e ciência positiva” (CORDÓN E MARTÍNEZ, 1995, p. 11). Do ponto de vista filosófico, o termo positivismo tem uma acepção muita relacionada com o modo de entender a natureza de saber” (Ibidem). O conhecimento positivo é o que “estabelece os fatos, o dado pelo sentidos, como o único possível do conhecimento” (Idem).

Na qualidade do entendimento e princípios de Comtismo, as ideias surgiram como uma ramificação do iluminismo. Nessa face, cada uma das doutrinas influenciadas pelo comtismo nos séculos XIX e XX. Nessa circunstância, o filósofo

Positivistic Stage, [in] MARTINEAU, H., *Comte: The Positivist Philosophy*, Translated and condensed, London, Vol. (I), 1857 [e] BODENHEIMER, E., *Jurisprudence, The Philosophy and Method of the Law*, Universal Law Publishing Co, 1997, p. 100.

⁴⁸ SOPER, Philip, *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals*, Cambridge University Press, 2002, p. 167.

francês, idealizador do termo positivismo, coloca três coisas pertinentes nas existências e valorização da vida humana, a pressentir, a Teológico, Metafísico e Positivo. Do ponto de vista positivismo, as noções sem base na razão, tais como ensino teológicos e metafísicos, ser incapaz de ensinar, pois não contribuem para o desenvolvimento da humanidade. De acordo com as características do positivismo, a teoria do positivismo só pode ser tida como verdadeira se for comprovada a partir de técnicas científicas válidas.

Já segundo Hart, a concepção do positivismo está observado em algo do pensamento de sistema do direito positivo. O Direito positivo é o Direito. Enquanto, o Direito, segundo Hart, é “formado por um conjunto de regras jurídicas de dois tipos, ou seja, regras primárias e regras secundárias” (HART, 1994, p. 149). Essa descrição dá a conhecer que a união entre regras primárias e regras secundárias como a porta da ciência do direito. O filósofo britânico praticamente tenta mostrar-se independentemente que as regras secundárias possuem elementos que deixam claro como a prática social se transforma em regra que autoriza o sistema. O apontamento esboçado por Herbert Hart, em *O Conceito de Direito*, traça que “as regras jurídicas podem ter um núcleo central de sentido indiscutível, e em alguns casos pode parecer difícil imaginar que surja uma discussão acerca do sentido de uma regra” (HART, 1994, p. 17).

O positivismo jurídico tem consideração por Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Norberto Bobbio, entra em entendimento sobre o âmbito de definição da tradição do positivismo jurídico, ou seja, das exigências jurídicas. O positivismo jurídico⁴⁹ põe à disposição de uma postura científica frente ao Direito, as ciências naturais e sociais. Assim que o Bobbio (1995, p. 135) indica a “ciência deverá se ocupar com juízos de fato”. Nesse sentido, o direito é exercido de forma objetiva, sendo baseado em fatos reais e científicos. Ser capaz de apresentar em outra forma que é as

⁴⁹ Segundo hermenêutico Bobbio (1995, p. 15), levando em consideração “toda a tradição do pensamento jurídico ocidental [que] é dominada pela distinção entre ‘direito positivo’ e ‘direito natural’, distinção que quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; [...] a contraposição entre positivismo e natural é feita relativamente à natureza não do direito mas da linguagem: traz a si o problema (que já encontra-se nas disputas entre Sócrates e os sofistas) da distinção entre aquilo que é por natureza (*physis*) e aquilo que é por convenção ou posto pelos homens (*thésis*)”. De acordo com o Bobbio, a corrente positivista é provém duma contraposição à concepção de Direito natural. Neste sentido, a reflexão sobre a natureza da linguagem importa ao positivismo jurídico porque ela serve para fundamentar a semântica das “regras postas”, isto é, das regras convencionadas. O uso da expressão “positivismo analítico” é tomado por Kelsen como portadora do mesmo significado do termo anterior, no qual a análise conceitual seria fundamental para explicar a estrutura lógica das regras que constituem o sistema jurídico.

teses básicas do positivismo têm origem na realidade e utilidade. Assim sendo, o positivismo surgiu para defender a noção do conhecimento científico.

4.1. A teoria da justiça como um vértice do pós-positivismo jurídico

Na perspectiva de John Rawls, a teoria da justiça sempre pressupõe a existência de direitos individuais, fundamentais para a construção de uma sociedade justa. Para ele, o utilitarismo, desde Bentham, desconsidera a importância desses direitos, tratando conceitos como justiça, contrato social e estado de natureza como meras "ficções metafísicas" (Idem, p. 19). Os utilitaristas priorizam o princípio da utilidade, baseado na maximização da satisfação, em detrimento da supremacia dos princípios de justiça e dos direitos individuais. Mill, por exemplo, reconhece a importância da justiça como parte essencial da moralidade, mas a vincula à ideia de utilidade, o que obscurece a verdadeira natureza da justiça. Rawls, por sua vez, apresenta uma concepção de justiça como a virtude fundamental das instituições, inspirada em Aristóteles e Kant.

Nessa visão rawlsiana, o debate sobre justiça está intrinsecamente ligado à defesa dos direitos fundamentais. Proteger esses direitos não é apenas uma questão de política estatal ou de organizações não governamentais, mas um princípio fundamental que orienta todos os nossos deveres e obrigações morais. Rawls compartilha com Kant a ideia de que a moralidade exige que tratemos todas as pessoas como fins em si mesmas, nunca apenas como meios para alcançar nossos próprios fins. Essa concepção valoriza a igualdade intrínseca de todos os seres humanos e ressalta a importância dos direitos fundamentais como garantias dessa igualdade.

Assim, para Rawls, é essencial retornar à teoria kantiana e ao pós-positivismo para fundamentar os direitos fundamentais. Kant enfatiza a formulação dos princípios morais e os deveres individuais, enquanto o pós-positivismo busca superar o legalismo, valorizando os princípios éticos subjacentes ao direito. O retorno a Kant é fundamental para repensar os problemas fundamentais da ciência jurídica e dos pressupostos filosóficos do direito na sociedade contemporânea, como apontado por Leite (2018, p. 16). A ideia de direito como um conceito que vai além da mera positividade legal é central nesse contexto, como observado por Simone (1975, pp. 9-10).

A abordagem de Kant sobre o direito, como expressa em suas obras, destaca a universalidade e a necessidade dos princípios jurídicos, afastando-se de uma mera preocupação com a aplicação do direito em casos concretos. Hespanha (1997) destaca

a importância desse enfoque para combater os totalitarismos políticos e garantir a legitimidade do direito. Após a Segunda Guerra Mundial, o debate sobre o direito se intensificou internacionalmente, levando ao surgimento do pós-positivismo jurídico, que valoriza a normatividade dos princípios éticos e a reaproximação entre ética e direito. Esse movimento reflete uma retomada da teoria kantiana e se reflete no Constitucionalismo moderno, que reconhece a centralidade dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais na construção de uma ordem jurídica justa e equitativa (BARROSO, 2001, p. 37).

A teoria da justiça de Rawls vê-se como uma teoria alternativa para a superação do utilitarismo. Por isso, enquanto a teoria utilitarista seria uma teoria mais sistemática e abrangente disponível para fornecer uma base de comparação entre instituições e práticas sociais alternativas, que adotada numa variante do princípio de utilidade. No entanto, segundo Rawls a doutrina utilitarista dá permissão para insuficiência. Do ponto de vista do filósofo norte-americano essa inaptidão causada por duas razões, lê-se o seguinte:

Em primeiro lugar, por não concordar com os juízos ponderados sobre o fato de os direitos individuais não devem estar sujeitos ao cálculo dos interesses sociais. A proposição central do utilitarismo, em sua forma clássica, seria a da maior felicidade, pela qual o melhor resultado seria o que maximizasse a felicidade agregada dos membros de uma sociedade tomada como um todo, ainda que significasse impor um sofrimento considerável a um ou alguns membros de uma sociedade (BERGEL, 2001, p. 23). No segundo aspecto, Rawls põe-se diante do conceito monista do bem como prazer mental, ou seja, em outra forma, uma forma mais ampla, o bem-estar psicológico (Idem).

Na perspectiva de Rawls, uma concepção pluralista seria considerada mesmo que todas as pessoas fossem altamente informadas e racionais. Isso se deve ao fato de que as pessoas possuem diferentes valores e projetos de vida, resultantes de suas experiências individuais. Nesse contexto, a teoria rawlsiana da justiça se destaca pela sua rejeição ao utilitarismo, pois oferece um conjunto de princípios, os princípios de justiça, que podem ser utilizados para avaliar se as instituições e ações de uma sociedade são justas. Esses princípios garantem que os interesses sociais não sejam sacrificados em detrimento do bem comum. Assim, é fundamental a noção de direitos individuais, conforme observado por Renato, para quem "os direitos individuais são fundamentais e o bem-estar geral da sociedade não pode ser considerado motivo suficiente para violá-los" (CRISPL, 2004, p. 11).

O positivismo jurídico já esgotou seu ciclo histórico ao não reconhecer o direito como uma prática social complexa. [...] Ao contrário do que afirmam autores como Ferrajoli, Comanducci e Prieto, o chamado paradigma do neocontratualismo não pode ser percebido como ápice do positivismo jurídico, mas sim como o fim dessa forma de entender o direito” (ATIENZA; MANERO, 2007, pp. 8 e 25). É uma aproximação que diz respeito ao positivismo jurídico pelo qual sua existência já ter desaparecido. Contudo, na página do quadro da jurisprudência contemporânea existe sítio para novas abordagens do direito e da ciência jurídica. Uma forma mais desejável é desenvolver perfeitamente uma teoria jurídica pós-positivista na própria filosofia do direito. Essa alternativa pode ser um bom momento para responder todos os assuntos controversos de jurisprudências fundamentais conforme linha abordagens da filosofia do direito.

No âmbito do debate entre alguns filósofos, como Hart-Fuller (1957-1969), confirmado posteriormente no debate entre Hart-Dworkin (1967), fica evidente que a legalidade do positivismo jurídico enfrenta desafios consideráveis. O cerne da questão reside nas divergências conceituais, que são reflexo dos desafios jurídicos contemporâneos. A relação entre direito e moralidade, tema continuamente explorado por Hart desde sua palestra em abril de 1957 até sua morte em dezembro de 1992, permanece no centro dessas discussões.

As diferentes vertentes do positivismo jurídico desenvolvidas nas últimas três décadas podem ser categorizadas de várias maneiras. A base para essa categorização é revelada na "Tese da Identificação", formulada por Dyzenhaus (2011), que argumenta que o direito não depende de critérios ou argumentos morais. Essa classificação pode ser interpretada de três maneiras distintas: a primeira, destaca que há uma interpretação que iguala "não depende" a "não pode depender", sustentando que a identificação do direito deve ser possível sem recorrer a critérios ou considerações morais. Esse é o princípio essencial do positivismo jurídico 'hard', defendido por juristas como Joseph Raz, Eusebio Bulgin, Andrei Marmor e Scott I. Shapiro.

Em segundo lugar, "não depende" pode ser interpretado como "não precisa depender", mantendo que a moralidade afeta o direito apenas de forma negativa, estabelecendo uma condição necessária de validade do direito que elimina as normas imorais do ordenamento jurídico quando não cumprida. Essa visão, defendida por juristas como Kramer e Wil, representa a versão mais fraca do positivismo jurídico.

E, a terceira, que "não depende" pode ser interpretado como "não deve depender", implicando que o conhecimento do direito não deve incluir padrões ou

critérios morais. Essa é a tese central do positivismo jurídico normativo, defendido por Uberto Scarpelli, Tom D. Campbell, Jeremy Waldron e Francisco Laporta, em oposição à tese identificativa do positivismo jurídico (ATIENZA; MANERO, 2009).

A teoria pós-positivista do direito foi inicialmente mencionada por Norberto Bobbio em seu artigo de 1970. Ele argumentava que o paradigma metodologicamente descritivo e axiologicamente neutro do positivismo jurídico estava sendo substituído por uma abordagem pós-positivista, que reconhecia novamente a função prescritiva do jurista na sociedade. Vinte anos depois, Neil MacCormick utilizou o termo "pós-positivismo" em referência à sua própria teoria institucional do direito. Alexander Somek, Nikolaus Forgó e Albert Calsamiglia também contribuíram com propostas complexas de pós-positivismo, buscando elaborar uma teoria que explicasse adequadamente as relações entre direito, moral e política.

A teoria pós-positivista do direito se baseia na abordagem pragmática moderada do direito. Enquanto não é uma teoria jurídica pós-moderna, busca encerrar o projeto científico da modernidade, construindo conceitos jurídicos de forma convencional moderada e aplicando os métodos da filosofia analítica. O pós-positivismo reconhece a necessidade de uma abordagem argumentativa na determinação da extensão dos conceitos jurídicos e se concentra na análise das ações humanas no contexto jurídico, como os processos de elaboração, interpretação e aplicação da lei.

Uma das características centrais da teoria pós-positivista é a tese da separação ou separabilidade, que postula a ausência de uma conexão necessária entre direito e moral. Enquanto essa tese foi rejeitada por alguns positivistas jurídicos, os pós-positivistas frequentemente reconhecem a existência de relações entre direito e moral, defendendo o uso da "sistemática moral" para interpretar o conteúdo do direito. Essa abordagem permite que o pós-positivismo se envolva em discussões morais de forma imparcial, sem comprometer sua posição teórica.

Nesse contexto, a teoria pós-positivista do direito desempenha um papel crucial na articulação entre direito, moral e política, buscando criar uma teoria jurídica adequada que possa explicar adequadamente as complexidades do sistema jurídico contemporâneo. É justamente dentro de tais elementos que o pensamento de Rawls transita, como procuramos sustentar nesse trabalho. A abordagem pragmática e moderada do pós-positivismo oferece uma perspectiva útil e prática para juristas e profissionais do direito, promovendo a cooperação interdisciplinar e o diálogo

construtivo na busca por uma compreensão mais profunda do direito e sua aplicação na sociedade moderna.

4.2 Pressupostos mínimos para a construção de um ordenamento jurídico: liberdade, igualdade e democracia

Pensar o fundamento e o ordenamento jurídico desencadeia a preocupação sobre o direito, tanto o direito em geral bem como os direitos humanos em particular – como a igualdade e a liberdade. Ambos são a causa da vontade de saber, pois, uma ação de proteger dá a entender aquilo que se entende, na forma de específico. Enquanto se afirma que o ordenamento jurídico deve fundar-se nos direitos humanos, se está a defender “na qualquer coisa, nada além de certos ideias e valores. A determinação destes exige a partir precisamente do seu fundamento” (ROBLES, 1995, p. 13). Dessa forma, é necessário um conhecimento específico no caso de um ato de defesa, pois essa dimensão contempla os princípios pertinente, tais como verdade e valores.

Na filosofia de Rawls, a maioria das ordens jurídicas positivou normas e estabeleceu uma estrutura ancorada em princípios. Conforme Barroso (2006, p. 47) destaca, "os princípios tiveram que conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam apenas uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata". No percurso do pensamento pós-positivista, a questão do fundamento do ordenamento não encontra uma resposta satisfatória para a maioria dos autores pós-positivistas. Ainda persiste a necessidade de justificar o cumprimento da ordem jurídica vigente. Isso ressalta o problema das doutrinas jusnaturalistas, cujos teóricos contemporâneos reconhecem a relatividade dos valores e a variabilidade do conteúdo do direito natural.

As teorias que se intitulam como pós-positivistas apresentam deficiências na fundamentação do ordenamento jurídico, especialmente ao se oporem ao multiculturalismo. Isso evidencia a diversidade de concepções em relação ao Estado, à Constituição e à cultura dos diversos membros da sociedade contemporânea. No entanto, diante desse antagonismo, surge a necessidade tanto da universalização dos direitos humanos quanto do respeito às diferenças culturais.

Assim, movido pela vontade de encontrar respostas para os pressupostos mínimos necessários à construção de um ordenamento jurídico justo, destaca-se o papel determinante do movimento de promoção da teoria do filósofo norte-americano John

Rawls, conforme referenciado em suas obras. Sua abordagem é considerada indispensável na fundamentação de uma ordem jurídica adequada, onde as pessoas possam ser tratadas de forma justa e ideal. Nesse sentido, a liberdade, a igualdade e a democracia são vistas como elementos essenciais para a construção de um ordenamento jurídico justo. A tese fundamental desse processo preconiza um direito que trata o homem como um fim em si mesmo, e não apenas como um meio para alcançar determinados objetivos. Esse reconhecimento se reflete em diversos aspectos, como a natureza humana, o caráter institucional do direito e a influência e inadequação de uma ordem jurídica.

Em sua obra, o filósofo norte-americano John Rawls não apenas compreende a noção de liberdade, mas também teoriza sua concepção por meio das "liberdades individuais" (RAWLS, 1999[a], p. 395), focalizando a articulação nos princípios da liberdade. No desenvolvimento desse conceito, Rawls reconhece o conflito e as reivindicações entre liberdade e igualdade na tradição do pensamento democrático nos últimos dois séculos. Ele observa que "não há acordo público sobre como as instituições básicas devem ser organizadas de modo a serem mais adequadas à liberdade e à igualdade da cidadania democrática" (RAWLS, 2001, p. 2).

Na tradição do pensamento, Locke enfatiza "as liberdades modernas" (Idem), que são determinadas pela "liberdade de pensamento e liberdade de consciência, certos direitos básicos da pessoa e da propriedade e o estado de direito" (Idem). Por outro lado, Rousseau dá ênfase "às liberdades antigas [como] as iguais liberdades políticas e os valores da vida pública" (Idem). Essas divergências revelam a profundidade do conflito em torno da liberdade. Rawls destaca que "nenhuma liberdade básica é absoluta" (RAWLS, 2001, p. 104). No entanto, ele ressalta que "não colocaríamos nossos direitos e liberdades básicos em risco" (Idem, p. 104). Portanto, todas as partes devem garantir as iguais liberdades de consciência, pois "a liberdade básica protege um interesse fundamental" (Idem, p. 105), sendo a liberdade de consciência uma dessas "liberdades básicas" (Idem, p. 108).

É importante notar que as tentativas de universalização da liberdade foram desenvolvidas no espaço do direito humanitário, onde a liberdade é considerada um padrão da vida humana, revelando-se como um direito individual e tendo reconhecimento internacional. Esse reconhecimento é exemplificado pela experiência explícita da história da Revolução Francesa de 1789, que não apenas fundamentou a liberdade, mas também consagrou a igualdade de direitos. Dessa forma, é uma

característica da abordagem de Rawls "respeitar não apenas a liberdade, mas também a igualdade dos direitos dos cidadãos" (RAWLS, 1999[a], pp. 289-290), demonstrando uma estética da afirmação da prioridade do justo e das concepções do bem.

Na construção do ordenamento jurídico, é imperativo estabelecer o princípio da igualdade. Segundo as ideias de Rawls, embora a palavra "igualdade" pareça ser de conhecimento público, sua verdadeira concepção é frequentemente obscura. O filósofo norte-americano nos convida a refletir sobre o significado desse termo. Antes de explorar sua definição e implicações, é crucial entender por que ela é promovida e protegida.

A noção de igualdade pode ser compreendida de várias maneiras, tanto matematicamente quanto do ponto de vista político e moral. Ao analisar suas dimensões política e moral, podemos distinguir entre "igualdade formal" e "igualdade real ou material". Por exemplo, Rousseau definiu a igualdade como um princípio fundamental expresso na Declaração dos Direitos do Homem. No contexto social, discute-se a igualdade social, onde os benefícios são distribuídos de acordo com os méritos e esforços de cada um.

Para Rawls, o ordenamento jurídico não apenas se baseia na liberdade, mas também na igualdade. As normas jurídicas refletem a valoração dos fatos, e tratar todos igualmente é essencial. A igualdade é relativa e requer critérios para estabelecer diferenças, mas todos devem ser considerados igualmente valiosos. Dworkin, por sua vez, também destaca a importância da liberdade e da igualdade na construção do ordenamento jurídico, pois ambas são fundamentais para a paz e a constituição de um estado justo. A obra de Rawls, intitulada "Justiça como equidade", enfatiza a conexão entre igualdade e justiça. A igualdade, portanto, desempenha um papel vital na estruturação do ordenamento jurídico e na distribuição de bens primários.

A igualdade é um objetivo almejado pela sociedade contemporânea, mas sua realização enfrenta desafios. Na "posição original" de Rawls, a igualdade é central para promover a coesão social e é mediada pela noção de pessoa humana. Os cidadãos devem aceitar as deliberações públicas em busca de uma justiça baseada na igualdade. O fato é Rawls argumenta que a igualdade está intrinsecamente ligada à democracia, e essa conexão deve ser explorada mais profundamente.

Sabe-se que o pensamento de Rawls aborda o direito democrático, o qual é apoiado tanto pelo liberalismo quanto pelo republicanismo. O regime político onde a soberania é atribuída ao povo é central para esse direito, baseando-se na crença de que

a autoridade governamental deve derivar da soberania popular. Os direitos democráticos, neste contexto, são vistos como direitos ativos, pois estão relacionados à participação dos indivíduos na construção e direção da sociedade.

A existência do direito democrático pressupõe a liberdade e a participação ativa do povo, que é considerado como a base fundamental da democracia. Assim, todos os cidadãos têm o direito e a vontade de influenciar diversos aspectos da vida em sociedade, como política, economia, e condições sociais e culturais. Esse conceito está alinhado com a ideia de que todos os seres humanos são iguais em seus direitos e dignidade.

A concepção de direito democrático difere da visão tradicional e feudal, na qual o controle e poder são exclusivos de certos indivíduos ou grupos. No contexto democrático, o poder legítimo do governo emana do povo, que elege seus representantes. Entre os direitos garantidos pelo sistema democrático estão a liberdade, especialmente a liberdade de expressão, e o direito de formar associações políticas. , portanto, é notável que movimentos como a Revolução Francesa foram marcos importantes na história da democracia e dos direitos individuais. O direito democrático se fundamenta na busca pela preservação da liberdade humana, sendo construído através do debate e da aceitação dos argumentos pela maioria.

A democracia depende do respeito à liberdade e à igualdade. No que diz respeito à liberdade, as pessoas devem poder expressar seus pontos de vista livremente, enquanto a igualdade implica que todos tenham acesso às informações necessárias e oportunidades iguais para manifestar suas opiniões. Na perspectiva de Rawls, a democracia é abordada em relação à justiça, em vez de focar apenas na legitimidade democrática. Para compreender melhor o princípio democrático na teoria de Rawls, é necessário destacar sua relação com a justiça e a igualdade. O que, então, representa a democracia para Rawls nas sociedades contemporâneas?

O filósofo norte americano, em sua *Teoria de Justiça*, mais do que a teorização da teoria de Liberalismo Político, põe à disposição de três dimensões fundamentais do pensamento político moderno, sobretudo a justiça, igualdade e a democracia. A democracia é um regime político⁵⁰ que aparece na expressão do autor pela primeira vez

⁵⁰ A democracia é um regime democrático que conectada com a legitimidade do pensamento político e do pensamento da razão pública, que está refletida em conjunto de ideais políticas e concepção da justiça. Essa política é articulada em conformidade com a ideia normativo e a noção moral, (RAWLS, 1996, p. xxxvi).

em a ideia de um consenso por justaposição. O consenso por justaposição é um elemento que articula na sua estratégia em relação a tipo de objeções. O regime democrático só acessível como a “*modus vivendi*”. Para viver em uma sociedade democrática, pluralista e razoável do liberalismo político rawlsiano, deve admitir o direito à liberdade do indivíduo. Assim, a aquiescência e o reconhecimento de uma liberdade a outra liberdade ser indispensável. Nesse sentido, “não se pode impedir a liberdade do juízo do outro; sua atividade reflexiva e autonomia e sua garantia jurídica [pois] são a liberdade de expressão e de consciência”, (GARGARELLA, 2008, p. 272). Assim sendo, o fundamento que proporciona o liberalismo político é a democracia.

No entanto, na teorização do liberalismo político, qual democracia se pretendida posicionar por Rawls? A democracia para Rawls, consoante Goyard Fabre,⁵¹ é “assegurar uma igualdade democrática para todos os cidadãos”. Em outras palavras, se definida de forma diferente, a democracia é um procedimento de justificação de valores e a possibilidade do uso do discurso público por todos, isto é, o fato do pluralismo. Nesse sentido, obtendo uma noção sintética do filósofo norte-americano sobre a democracia que caracteriza pela ideia de uma liberdade política do cidadão, pela busca de uma igualdade entre cidadãos, tanto no termos económicos e social bem como a busca por uma democracia procedimental e tolerante. Se analisando mais profundidade, o filósofo norte-americano, John Rawls descreve o conceito de democracia em consonância com o princípio de justiça que caracterizada por dimensões cooperação, equidade, participação cidadão, tolerâncias e pluralidade. Portanto, o conceito democracia em Rawls deve-se entendida em elementos liberais e sociais, refletida nos princípios de liberdades e igualdades. A decisão tomados por cidadãos livres e seus representantes mediante de um processo e acessível a todos.

4.3 Revisitando o neocontratualismo de Rawls como fenômeno social

A ideia de neocontratualismo de Rawls ressurgem em um contexto de “Revolução Passiva”,⁵² junto de um processo de contradizer reformista, caracterizada pela prática da

⁵¹ GOYARD-FABRE, S., *Os fundamentos da ordem jurídica*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 311.

⁵² Uma revolução passiva implica sempre a presença de dois momentos: o da restauração e da renovação. O primeiro trata-se sempre uma reação conservadora à possibilidade de uma transformação efetiva e radical proveniente de baixo. O segundo, trata-se algumas das demandas populares são satisfeitas ‘pelo alto’, através de “concessões” das camadas dominantes. [...] O aspeto restaurador, portanto, não anula o fato de que ocorrem também modificações efetivas. A revolução passiva não é sinónimo de contrarrevolução e nem mesmo de contrarreforma; na verdade, numa revolução passiva estamos diante de uma revolução “pelo alto” (COUTINHO, 2008, pp. 93-94).

atividade de transformista e remodelação de uma hegemonia civil liberal-burguesa. Nessa periferia, o filósofo norte-americano articula uma reflexão crítica em sua *Teoria da Justiça* (1971) enquanto se desenvolve o conjunto de ideais sobre a “justiça como equidade” (RAWLS, 2001, p. xi).

A ideia de justiça, segundo Rawls, é o resultado da noção de contrato social.⁵³ A ideia de contrato social prevaleceu os grandes tratados de teorias do Estado e de justiça ao longo da filosofia política moderna. Depois de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, o filósofo norte-americano põe à disposição de um novo debate entre os teóricos da filosofia política contemporânea, no final do século XX. O intuito mostra-se de um conhecimento novo, isto é, o contrato social na teoria da justiça como equidade. Posteriormente, defende-se a tese da prioridade do justo e procedimento justo, isto é, equitativo e, é uma das peculiaridades do neocontratualismo.

No corredor da teoria de justiça, Rawls tenta “articular e generalizar uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social representada por Locke, Rousseau e Kant”⁵⁴. Além disso, Rawls, em sua obra de *Liberalismo Político*, tomando em consideração o juízo do pluralismo razoável e conceituando a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais. Rawls argumenta que “as pessoas são iguais como cidadãos iguais de cidades-estado iguais” (RAWLS, 1999[a], p. 84).

No neocontratualismo rawlsiano, a lei da natureza que sustenta os princípios de justiça é renunciada. A justiça procedimental pura somente se refere à posição original e à construção dos princípios. Neste sentido, ela aparece como um conceito que pretende tratar um ser racional igual e livre, orientado nos princípios da justiça e caminhada conforme a natureza da justiça. Desta forma, a liberdade e autonomia dos homens estão unificando com às contingências da natureza de sociedade e agindo de maneiras que elas teriam aprovadas na posição original. Daí, a política do filósofo norte-americano tem em mente como o fim de mostrar-se independentemente de que “o resultado da posição original produz os princípios de justiça adequados para cidadãos livres e iguais” (RAWLS, 1999[a], p. 37). As cidadãos são as pessoas

⁵³ RAWLS, *Justice as Fairness a Restatement*, editado por Erin Kelly, Harvard University Press, USA, 2001, p. xi. RAWLS, *Collected Papers*, editado por Samuel Freeman, Harvard University Press, USA, 1999[b], p. 164.

⁵⁴ I end by pointing out the fundamental difference between *A Theory of Justice and Political Liberalism*. The first explicitly attempts to develop from the idea of the social contract, represented by Locke, Rousseau, and Kant (RAWLS, 1999(b), p. 806).

razoáveis, livres e iguais, bem ordenada numa sociedade e efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça” (RAWLS, 1996, p. 5).

A desenvolução da natureza do pensamento de neocontratualismo articulada de modo compreensivo no fundamento do direito básico e da liberdade, em conformidade com o princípio de justiça. Essas dimensões são “intrínseco” (RAWLS, 1999[a], p. 164). A justiça compõe-se de valor social, que é nitidamente indicado nas instituições sociais. Na filosofia política contemporânea, esse entendimento está associada com o pensamento do filósofo norte americano, “a uma justificação extremamente sofisticada, assim como a uma ideia de “construtivismo político” (ROSAS, 2012, p. 21).

O núcleo doutrinal de neocontratualismo renasce no pós-guerra (1945), na forma de recomposição do poder de classe liberal-burguês. O filósofo norte-americano, então, coloca em perspectiva o processo *Revolução Passiva* como uma resposta ao *status quo* por um determinado movimento ou ação histórica. A *Revolução Passiva*, na época moderna, é uma forma de reorganização e conformação de um novo arranjo institucional das *classes dominantes*, mediante do qual o Estado⁵⁵ põe em execução uma ofensiva contra *classes subalternas*. Essa classe não tem força para fazer a revolução, mas tem força suficiente para pressionar e obrigar a burguesia a se reorganizar.

A teoria da justiça como equidade foi articulada, portanto, com o fim de revalorizar a liberdade individual acima do bem-estar social e, mais do que isso, trata-se da defesa incontestado da noção de liberdade liberal burguesa. Esse discernimento, se entende de modo implícito, é uma afirmação da “primazia da virtude social da justiça e do respeito por direitos individuais” (ROSAS, 2008, p. 35). Para Rawls, “a igualdade de liberdades e direitos garantidos por justiça não estão dependente da negociação política ou do calculo dos interesses sociais” (Idem). Essa perspectiva trata-se uma conceição de justiça social⁵⁶. Sendo assim, a justiça entende-se como “a primeira

⁵⁵ [...] O Estado é concebido como organismo próprio de um grupo, destinado a criar as condições favoráveis à expansão máxima desse grupo, mas este desenvolvimento e esta expansão são concebidos e apresentados como a força motriz de uma expansão universal, de um desenvolvimento de todas as energias “nacionais”, isto é, o grupo dominante é coordenado concretamente com os interesses gerais dos grupos subordinados e a vida estatal é concebida como uma continua formação e superação dos equilíbrios instáveis (no âmbito da lei) entre os interesses do grupo fundamental e os interesses dos grupos subordinados, equilíbrios em que os interesses do grupo dominante prevalecem, mas até um determinado ponto, ou seja, não até o estreito interesse económico corporativo [...] (GRAMSCI, 2007, p. 42).

⁵⁶ [...] Vamos assumir, para fixar ideias, que uma sociedade é uma associação mais ou menos autossuficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas. Suponhamos também que essas regras

virtude das instituições sociais (RAWLS, 1999[a], p. 3). Daí, a ideia da verdade, teoria da economia e as leis, contém nuances sociais. Assim, por essa natureza, “cada pessoa possui uma inviolabilidade e [...] os direitos não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais” (Rawls, 1996, p. 4). Por conta de dimensão social, Rawls sustenta que:

O valor das liberdades políticas para todos os cidadãos, qualquer que seja a sua situação social ou económica, deve ser aproximadamente igual ou pelo menos suficiente igual; no sentido de que cada qual tenha uma oportunidade equitativa de ocupar uma função pública e de influenciar no resultado das decisões políticas. Essa noção de oportunidade equitativa acompanha a de justa igualdade das oportunidades no segundo princípio de justiça. Quando adotam a prioridade da liberdade, os parceiros na posição original compreendem que as liberdades políticas iguais para todos são tratadas de maneira particular, quando julgamos o caráter apropriado da combinação da liberdade e da igualdade numa só noção, devemos ter em mente o lugar específico das liberdades políticas nos dois princípios de justiça (RAWLS, 2002, p. 178).

Neste contexto, não há dúvida de que o filósofo norte-americano torna-se visível com o propósito a de reagrupar e fortalecer a disposição social democrática a qual pode ser ampliada “não apenas nos Estados Unidos, mas também na Europa, sobretudo pelos socialistas e social-democrata” (RAWLS, 2000[c], p. 7). Por essa razão, o filósofo norte-americanos apresenta outro hipótese que presumivelmente é indispensável. Assim, ele sustenta que: “justiça diria respeito ao conjunto da vida humana [...]. Deveria repousar num princípio igualitário (Idem, p. 6).

Assim, se mostra uma noção vulgar que diz respeito a “todos os valores sociais, liberdade e oportunidade, progressos e riquezas e as bases do respeito a si mesmo – devem distribuir-se igualmente [...] e de todos os bens seja vantajosa para todos” (Idem). Se assim fosse, a justiça é um encontro do conhecimento para definir o consenso por um fim de garantir os direitos individuais invioláveis. Desta forma, o

especifiquem um sistema de cooperação concebido para promover o bem dos que fazem parte delas. Então, embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito bem como por uma identidade de interesses. Há uma identidade de interesses porque a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor da que teria qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços. Há um conflito de interesses porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela cooperação mútua são distribuídos, pois para perseguir seus fins cada um prefere uma participação maior a uma menor. Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social; eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social (RAWLS, 2002, pp. 4-5).

filósofo norte-americano pretende mostrar sua política e disposição comum que todos os indivíduos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular. Sendo assim, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo.

A Revolução Passiva foi efetuada por ação de *contra-reformista* e marca o itinerário para o bem-estar social, obtendo diante de agitação da liberdade liberal-burguesa. Nessa forma, o Estado tem como parte principal ser um agente do desenvolvimento econômico, ou seja, regulador de todas as relações econômicas, políticas e sociais produzidas e reproduzidas pela sociabilidade regida pelo capital. E esse é um elemento que corrobora com a nossa tese de que a obra de Rawls realiza um amplo refinamento do positivismo jurídico e, conseqüentemente, a da ideia de justiça.

O contrato rawlsiano surge a partir do qual os indivíduos fariam suas escolhas baseados em princípios gerais de justiça, como forma de promover resolução dos conflitos produzidos pela sociedade contemporânea. Esse contrato procede de dois princípios de justiça, isto é, *o princípio das liberdades iguais e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e da diferença*. O primeiro princípio, fundamenta a ideia da igualdade, trata-se o consenso social e assegura os direitos individuais, civis e políticos. Enquanto no segundo princípio, marca os fundamentos éticos e morais, presentes no princípio de maximização do bem-estar social.

Os dois princípios supracitados são formais, construídos no quadro teórico e capaz de o levar a construção de uma crítica ao bem-estar social da sociedade contemporânea. Para se obter a uma propositura de justiça social, é necessário dar continuidade a ideia de contratualismo, e mais do que isso, é determinar um novo ser social, aliás, o novo contratualismo para redefinir a certa situação originária para obter a teoria existente de justiça. É uma disposição da essência que deve ser compatível com a política do Estado de bem-estar social, pois ele não se oposta a noção da justiça social. Mostra-se essa disposição por raciocínio razoável em que o desenvolvimento, o crescimento econômico e alargamento social cultural têm em mente como objetivo, por um lado, aperfeiçoar e minorar as desigualdade e por outro lado, investigar a fundo o processo imperialista concentração e centralização de capital.

O filósofo norte-americano, como nos parece, tem uma visão diferente da justiça social. Ele sustenta e pretende transforma a justiça em valor global de produção de bens que dependente de condições políticas para se tornar efetivo. O valor este sentido não entende em um valor moral universal, mas é um valor político que vem à

tona da vontade de cada sociedade política. Rawls reconhece que em alguns sociedades a situação pode ser extrema, a justiça pode ser sistematizada e a profunda. A teoria da justiça pensava em distintas instituições, tanto em instituições públicas bem como estrutura básica da sociedade.

Em síntese, a teoria da justiça de Rawls nasce como uma reação contra utilitarismo, tanto na dimensão política quanto na dimensão econômica e, ainda que indiretamente, na contramão do positivismo jurídico contemporâneo. Por isso, a teoria sobrevém como uma defesa aos direitos individuais. É nesse ponto que Rawls apresentará a justiça como a virtude das instituições. A análise filosófica de Rawls sobre a justiça como a virtude das instituições, portanto, oferece uma perspectiva profunda sobre a função fundamental dessas estruturas na promoção do bem-estar social e da equidade. Suas ideias reforçam a importância de um arcabouço institucional justo e equitativo para alcançar uma sociedade mais justa e igualitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos o tratamento dispensado por Rawls à ideia de justiça, procuramos sustentar que o autor, em sua concepção político liberal, realiza o movimento de afastamento e superação do positivismo jurídico. É a partir desta tese que situamos a reflexão filosófica de Rawls sobre o Direito como um arte facto construído no âmbito de uma relação entre liberdade e normatividade. Assim, enquanto a tradição jurídica desenha a justiça como resultado de um processo instrumental e legal, o autor de *Uma Teoria da Justiça*, procura assentar seu pensamento sobre os ideais comunitaristas e sociais.

A posição de Rawls, como procuramos mostrar, retoma o pensamento político e social para instanciar a ideia da justiça, abrindo espaço para uma digressão que remonta o pensamento filosófico clássico. Desta maneira, a justiça social foi um dos pensamentos dominantes e essenciais de sua obra, uma vez que é através dela que se poderia melhorar as instituições políticas e resgatar as bases que fundamentam a própria ideia de contrato.

Por isso, o trabalho de Rawls deve ser lido como uma crítica às bases do positivismo jurídico e à sua cartografia que insiste em instrumentalizar a ideia de legalidade e o estatuto ontológico das normas. Ao contrário do que se pode pensar, Rawls está interessado em dissolver as armadilhas da normatividade e fundar uma ideia da justiça capaz de revitalizar o espaço democrático e os interesses de uma sociedade pluralista. Afinal, um sistema democrático deve ser capaz de abrigar tanto a estrutura jurídica quanto o plano político, social e econômico.

Com este intuito, pareceu-nos essencial articular a noção e o papel das normas como fundamento principal para explicar o encontro do direito e as diferentes faces e nuances da liberdade. É neste encontro que se pode pensar uma sociedade pluralista em que a igualdade de oportunidades possa se valer da defesa das diferenças econômicas.

A norma garante e fornece os recursos necessários a conservação do direito e da liberdade. O direito e a liberdade mostram, portanto, uma posição intermediária a teoria de justiça. A justiça deve ser entendida como uma única forma coercitiva do direito e da liberdade. A ausência de conceituais relativas as liberdades básicas dentro da teoria da justiça, as regras do positivismo jurídico e do sistema normativo dá fronteira ao filósofo norte americano para continuar empenhar os princípios da justiça que estiveram defendida por nele. Nesse sentido, ele cumpriu o seu compromisso liberal

à igualdade de oportunidade dentro divergência existentes nas sociedades e instituições democráticas e contemporâneas.

A sociedade livre e justa torna-se a doutrina fundamental da justiça de Rawls. Assim sendo, a natureza essencial de sua concepção de justiça está agrupada na própria expressão de uma sociedade livre e justa. É assim que a ideia de justiça deve exprimir um conhecimento elementar político de contrato social o qual aponta uma compreensão liberal ampla de princípios básicos. O contrato social é, então, um espaço e um encontro do conhecimento entre as partes, empenhado em buscar princípios gerais e universais.

Assim, os princípios de justiça são admitidos para sustentar e dignificar a todas as pessoas. Para tal, essa vontade é caracterizada por uma preocupação filosófica que precisa encontrar princípios justos e universais a fim de sair da situação do véu da ignorância. O trabalho de Rawls, portanto, configura uma abertura para a articulação de um protagonismo onde todas as pessoas terão a liberdade e desfrutarão dos direitos civis e políticos, apesar da desigualdade e da diferença em vários níveis.

Embora se possa reconhecer que Rawls não tenha dedicado qualquer profundidade ao estudo do conceito de direito, o filósofo pretendia indiretamente pensar a esfera comunitarista que é responsável por desenhar uma sociedade democrática. É justamente dentro dela que se pode estabelecer os mecanismos teóricos para efetuar a defesa dos direitos básicos e das liberdades civis. Rawls está empenhado, portanto, em evitar que o ideal de justiça possa ser reduzido a um sistema desconectado do mundo da vida. Em nossa opinião, Rawls esboçou, de modo holístico, o seu conceito de direito, como podemos verificar em alguns dos seus textos, designadamente em *Rawls and Law* (2012) – um artigo dedicado ao tema do direito, e no livro *The Law of Peoples* (2002).

Importa também dizer que a sua ideia de direito foi estudada de diferentes perspectivas: “o constitucionalismo, a teoria democrática, o igualitarismo, o feminismo, a justiça global, o liberalismo político, o estado de direito, e razão pública e também o direito constitucional internacional e privado” (DWORKIN, 2004, pp.1381-2285). É por isso que o direito, como entende Rawls, é “um projeto filosófico-político” que “visa estabelecer as condições normativas de proteção à tolerância entre os povos” (LIMA, 2019, p. 75).

O sistema de princípios de John Rawls tem como fundamento o princípio da liberdade, que ocupa a posição mais central em sua teoria. Esse princípio garante a todos os cidadãos direitos essenciais, como a liberdade de expressão e a liberdade de circulação. Para Rawls, as liberdades básicas só podem ser limitadas por uma liberdade

básica maior e mais igualitária, e não em função da realização de outros princípios. Em relação ao nível mínimo de riqueza necessário para o liberalismo, Rawls defende que esses direitos não podem ser sacrificados em prol de ganhos econômicos.

É importante destacar que a noção vulgar de liberdade é geralmente entendida como a condição ou forma através da qual o ser humano realiza sua plena autodeterminação e independência, exercendo-a conforme sua capacidade individual. Na contramão desta acepção, o filósofo norte-americano concebe a liberdade como um dos bens sociais primários, justos e pluralistas. Assim, a liberdade é entendida de maneira distinta, tanto no contexto político, ético e cognitivo, quanto na esfera pessoal ou individual.

A luz da liberdade e a voz da igualdade, pelo menos, emergem na teoria da justiça de Rawls, época contemporânea. No cenário do conhecimento histórico, a ideia da liberdade surge durante a I Guerra Mundial,⁵⁷ como resultado de uma decisão política internacional, tendo em vista a igualdade de direitos. Nasceu da afirmação filosófica da unidade humana para traduzir a aspiração em realidade, de acordo com os postulados da liberdade e da igualdade. Posteriormente, o espaço do rosto do valor da liberdade que se encontrando em tona da liberdade política, executando para todos os cidadãos, por meio dos sentidos social e/ou económico.

De fato, o núcleo desta noção dever ser aproximadamente igual ou pelo menos suficientemente igual, no sentido de que cada qual tenha uma oportunidade equitativa de ocupar uma função pública e de influenciar no resultado das decisões políticas. Essa noção de oportunidade equitativa acompanha a de justa igualdade das oportunidades no segundo princípio de justiça. Quando adotam a prioridade da liberdade, os parceiros na posição original compreendem que as liberdades políticas iguais para todos. A noção da liberdade política está enraizada na história dos movimentos pela liberdade e igualdade de direitos, o que faz destes valores as bases e as causas primárias do direito de autodeterminação. Se assim fosse, a liberdade e a igualdade devem ser identificadas e aproximadas nos dois princípios de justiça.

Mas é possível que o estabelecimento de um modelo de justiça que independa do papel exercido pelas normas? Rawls, além de construir a sua teoria da justiça, também apresentou uma formulação sobre as normas. A norma é uma ordem legal e

⁵⁷ NIJHOFF, Martinus, *Minority and Group Rights in the New Millennium*, edited by Deirde Fottrell & Bill Bowring, Netherlands, 1999, p. 143; MAYALI, James, *Nationalism and International Society*, Cambridge University Press, 1999, p. 52.

oferece uma base sólida para o exercício da liberdade, permitindo uma melhor organização dos sistemas de cooperação na sociedade. De maneira diferente, a norma pode ser um instrumento bem como o regime constitucional. Um regime constitucional é “aquele em que as leis e os estatutos devem ser consistente com certos direitos e liberdades fundamentais” (RAWLS, 2001, p. 145). “As leis são normas endereçadas a pessoas para sua orientação, ou seja, elas são a estrutura básica da sociedade, pressupondo que esta seja bem ordenada. A norma é a “base legal dos bens sociais primários e um [dos] instrumento[s] mais importante[s] numa instituição” (RAWLS, 2000[b], p. 98). Os bens sociais primários são definidos pelas “regras das instituições mais importantes”. A ideia de cooperação social entre os cidadãos iguais é uma ideia normativa. Por conseguinte, a legalidade exige que cada indivíduo se mova em conformidade com as normas.

Já na obra *The Law of Peoples*⁵⁸, Rawls expressa um argumento que pode ser considerada fundamental para o estabelecimento do projeto comunitarista: a norma tem por finalidade “estabelecer condições normativas de proteção à tolerância entre os povos”. Para ele, as normas surgem para garantir o bem comum, isto é, para a proteção da paz. Assim sendo, conforme Rawls, a prática de proteção das condições de paz entre os povos é estipulada em [um] núcleo jurídico de normas.

O autor ainda compreende que o contrato político ou contrato social torna razoável a existência de distintos interesses e, simultaneamente, permite evitar as guerras entre os povos. Assim, o pensamento do filósofo sobre a função das normas segue a hipótese de Rousseau: a norma desempenha a função de “evitar a pressuposta tendência natural para a guerra entre os povos. Poder-se, então, concluir que para ele o mais importante diz respeito ao modo como ordenamento jurídico ou à disposição legal possibilita o desenvolvimento da liberdade dos povos e, conseqüentemente, a construção de um espaço cuja natureza é ser democrático. Desta forma, o estatuto fundamental na sociedade política é “o de cidadania igualitária, um estatuto que todos têm como pessoas livres e iguais” (RAWLS, 2001, p. 132).

Como discutimos ao longo deste trabalho, Rawls afirma uma nova ideia de teoria da justiça. Ela é calcada, como próprio autor afirma, sobre uma “base moral [...] apropriada para uma sociedade democrática” (RAWLS, 2000[b], p. xxiii). Além do mais, trata-se de uma teoria traçada a partir de fatos políticos, sociais e econômicos,

⁵⁸ *The Law of Peoples*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.

estando alinhada com um novo conceito de Estado liberal. É justamente essa dimensão que torna o trabalho de Rawls um projeto que se afasta da leitura positivista que compreende o Estado como uma identidade abstrata e destituída de uma base social. Por isso, quando sustentamos que a proposta de Rawls assume uma posição crítica em relação ao positivismo jurídico, estamos indicando que para ele a ideia de justiça alimenta a própria instrumentalização do contrato jurídico e social.

O trabalho de Rawls, diferentemente de um legalismo vazio, pretende instituir uma base política à dimensão da justiça. Ela não elimina o espaço da pluralidade, mas é capaz de conciliar a diferença com a igualdade e a liberdade. Segundo Rawls, então, a justiça torna-se a primeira virtude das instituições sociais (RAWLS, 1971, p. 3), ou seja, é a massa fundamental da estrutura da sociedade. Por isso, quando o autor problematiza o surgimento do espaço político, há uma retomada significativa da natureza da esfera pública e do modo como esta organizou-se ao longo do tempo.

Deste modo, o projeto rawlsiano compreende que todos os membros da sociedade pensam e praticam a justiça a partir de um quadro político, o que lhes dá a possibilidade de gozar da liberdade e da autonomia. São essas dimensões que permitem afirmar que o cidadão é a base do surgimento do contrato. É aqui que entra a definição assumida por Rawls de que em uma “sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis” (RAWLS, 2000[b], p. 4).

Uma sociedade será justa, portanto, se leva em consideração os princípios indispensáveis para garantir as liberdades fundamentais para todos: por um lado, a igualdade de oportunidades e, por outro, a desigualdade quando esta proporcionar os mais desfavorecidos. Neste sentido, o projeto filosófico de Rawls assume uma ideia de justiça social como base para a instrumentalização do contrato político. É por isso que quando o autor apresenta a sua teoria da justiça a partir do véu da ignorância, não há uma base simétrica para instituir a igualdade. Assim, ao propor a origem do contrato a partir de dois princípios, sendo o primeiro que “cada pessoa deve ter direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idênticas para as outras” (RAWLS, 1971, p. 68) e, o segundo, que as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas para que a) se possa razoavelmente esperar que elas sejam em benefício de todos e b) decorram de posições e funções às quais todos têm acesso (RAWLS, 1971, p. 84), Rawls está assumindo, como nos parece, uma dimensão político e social à própria ideia de justiça.

No pensamento rawlsiano, portanto, a teoria da justiça representa um caminho completamente paralelo aos trabalhos de filósofos como Dworkin, Hart e Perelman. Enquanto para estes a origem da justiça se encontra na base interpretativa e normativa, para Rawls o projeto político de contrato ultrapassa toda esfera pública, cuja origem é responsável por movimentar todos os demais direitos. Com isso, não se pode falar de uma ideia de justiça para o autor sem o próprio desenho que constitui a sua própria base.

Conforme reconstruímos neste trabalho, há um interessante caminho entre a posição política de Rawls e as ideias assumidas pela tradição filosófica da segunda metade do século XX. Hart, por exemplo, enfatiza em seu artigo *Rawls on Liberty and its Priority* (HART, 1975, pp. 249-252) que “Rawls não teria explicado suficientemente as razões pelas quais as partes, na posição original, adotariam as liberdades fundamentais e concordariam com sua prioridade”. Além disso, Hart ainda argumenta que Rawls não teria sido suficientemente claro ao explorar a maneira como “se aplicam os princípios de justiça nas etapas constitucional, legislativa e judicial” (HART, 1975, p. 252). Mas o que isso realmente significa quando assumimos uma outra posição sobre origem do contrato político?

Perelman, por sua vez, defende uma metodologia jurídica que aponta para as dimensões retórica e argumentativa que fazem o direito. Para ele, as palavras não são unívocas, sendo que a interpretação é movimento prático que permite ao juiz estabelecer uma forma de convencimento. Diferentemente de Rawls, para o qual há um consenso que institui a possibilidade de princípios para o bem-estar público, Perelman acredita que o auditório transcende as poucas oposições de quem tem consciência. É aqui que acreditamos encontrar mais uma evidência de que enquanto Perelman pretende se afastar de um modelo normativo, o trabalho de Rawls suscita uma visão radicalmente oposta a exigência de uma regra de justiça.

Ainda é importante destacar que a concepção de justiça sustentada por Perelman supõe que instrumento legal possa conduzir as ações políticas e sociais a partir de uma regulação instituída ao final do sistema. O contraste desta posição reside justamente no fato de que Rawls, por sua vez, abriga o seu pensamento na origem do próprio sistema que origina a ideia de justiça. Isso permite mostrar por que a realidade jurídica é uma tensão constante entre a objetividade e a subjetividade, isto é, entre os princípios básicos que garante o bem-estar geral e as necessidades que possuem um caráter individual.

De qualquer forma, Perelman concebe que “a ideia de justiça consiste em uma certa aplicação da ideia de igualdade” (PERELMAN, 1969, p. 45), pois a partir dela que se pode pensar a igualdade entre os homens. Além disso, ele compreende que a justiça formal é “um princípio de ação segundo o qual seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (Idem, p. 19). Isso mostra que nas práticas jurídicas a argumentação ocupa um lugar de destaque, sendo o convencimento a esfera mais significativa para conduzir o assentimento.

Essa movimentação filosófica sobre a ideia de justiça e a suas consequências políticas também encontra solo nas relações que Rawls manteve com Dworkin. Como mostramos, enquanto o primeiro autor procura uma teoria política liberal a partir de uma resposta ao pluralismo, Dworkin questiona a possibilidade de um discurso metaético que seja capaz de fundamentar questões éticas e morais substantivas. Rawls procura uma justeza procedimental para caracterizar o seu projeto, assumindo um consenso sobreposto para que os cidadãos possam superar suas doutrinas e filosofias. É aqui que o próprio Rawls desenvolve a ideia de tolerância para superar a base das guerras religiosas e limitar a divergência. Por fim, é importante reforçar que Dworkin assenta sua posição em um equilíbrio reflexivo para integrar as visões morais às visões éticas, abrindo espaço para defender que o liberalismo não pode se limitar a uma dimensão exclusivamente política. Dworkin, afirmando que “cada um de nós tem seu próprio Immanuel Kant, e, de agora em diante, cada um de nós lutará pela bênção de John Rawls” (DWORKIN, 2003-2004, pp. 1387-1398), sustentará que o liberalismo de Rawls precisa oferecer uma resposta à questão do que é uma boa-vida.

A dimensão do problema anterior revela a tese que permeia o nosso trabalho: Rawls direciona seu pensamento para integrar uma concepção liberal da justiça à um domínio que favoreça o grupo de cidadãos menos privilegiados, o que o situa em um horizonte de total afastamento aos pressupostos formais do legalismo que está atrás do contrato. Isso significa dizer que o projeto rawlsiano está alicerçado sobre um conceito de razão pública, manifestada pelo fato de que essa mesma razão é aquela que veta argumentos que apelam para teorias morais mais abrangentes. É justamente essa questão que torna o trabalho de Rawls um projeto preocupado em construir um consenso sobreposto, isto é, um consenso em torno de uma concepção pública de justiça.

Segundo a nossa leitura, a proposta de Rawls é mais significativa do que determinadas posições positivistas porque é capaz de inaugurar a exigência da

cooperação social atribuída às capacidades vinculadas à personalidade ou à qualidade moral e a capacidade de uma concepção de bem. Por isso, seu contratualismo é um contratualismo social e sua ideia de justiça é uma justiça para dimensão pública do bem-estar social. Isso é amparado pela própria afirmação escrita por Rawls de que a posição original é também intuitiva na medida em que somos conduzidos por ela para melhor interpretar as condutas morais da forma mais adequada.

Sabe-se, ainda, que Rawls procura escapar do intuicionismo, mesmo que sua posição defenda que uma postura que exclua a prioridade entre a aplicação dos princípios. De qualquer forma, o que nos parece interessante na esteira dos trabalhos de Rawls é que a sua oposição ao intuicionismo se deve ao fato de que há uma incapacidade de propor um sistema de regras capaz de hierarquizar nossas intuições. Aqui se concentra aquilo que consideramos o protagonismo intelectual de Rawls: *não há nenhuma regra de prioridade entre os princípios, pois o que importa é atingir um equilíbrio a fim de nos aproximarmos mais do que é justo.*

Assim, os princípios de justiça requerem o fato de não se apresentar diferença de qualidade nas aplicações, particularmente na estrutura básica da sociedade. Segundo Rawls, então, a justiça é um meio político para encorajar os cidadãos a demonstrar ao mundo que todos homens têm direito e gozam dos mesmos direitos e das mesmas obrigações. O direito tem o valor universal mais reconhecido e a justiça tem o papel de promover e reconciliar o direito em si num estado, tanto num estado liberal bem como num estado democrático. Dessa forma, a lei tenta de viabilizar a convivência harmônica dos cidadãos. Se assim fosse, a lei ou a norma é a ordem legal para o exercício da liberdade e das maneiras mais justas. Nesse ínterim, segundo a nossa leitura, o uso de várias leis é “prova da nossa ignorância da verdadeira justiça” (PERELMAN, 1969, p. 374).

O neocontratualismo rawlsiano, portanto, renuncia a lei de natureza que na inteligência vulgar cimenta os princípios de justiça. A justiça procedimental pura somente se refere à posição original e à construção dos princípios, pois “o resultado da posição original produz os princípios de justiça apropriados para cidadãos livres e iguais” (RAWLS, 2001, pp. 14 e 80). Assim, para o nosso autor, os cidadãos são “pessoas razoáveis, em condições razoáveis, ou equitativas, que selecionariam certos princípios de justiça” (RAWLS, 2001, p. 7).

Por fim, ressalta-se o fato de que os princípios formais do quadro teórico apresentado por Rawls são expressão de uma busca pelo bem-estar social e pela

consolidação da justiça social como fundamento de uma nova contratualista. Assim, o direito visto pelo positivismo jurídico como instrumento formal não é capaz de dissolver a distribuição do bem-estar social e garantir a igual distribuição de direitos e deveres à todos.

REFERÊNCIAS

Primárias

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford, Oxford University Press, 1971.

_____. (1995). Political Liberalism: Reply to Habermas. In: *The Journal of Philosophy*, Mar., Vol. 92, n.º 3, (Mar., 1995), pp. 132-180.

_____. *Political Liberalism*. Columbia University Press, New York, 1996.

_____. *A Theory of Justice, Revised Edition*. Harvard University Press, USA, 1999[a].

_____. *Collected Paper*. Edited by Samuel Freeman, Harvard University Press, USA, 1999[b].

_____. *Law of Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 1999[c].

_____. Legal Obligation and the Duty of Fair Play. In: RAWLS, J., (Samuel Freeman, Org), *Collected Papers*, Cambridge: Harvard University Press, 1999[d].

_____. *Lecturer on the History of Political Philosophy*, Edited by Samuel Freeman, Harvard University Press, 2000[a].

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta, et al., São Paulo, 2000[b].

_____. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo, 2.ª Edição, Editora Ática, 2000[c].

_____. *Justiça e Democracia*. Trad. Irene A. Pathernot, São Paulo, 2000[d].

_____. *Justice as Fairness, a Restatement*. Edited by Erin Kelly, London: England, 2001.

_____. *Kantian construtivism in moral theory*. Harvard University Press, 1989.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. 2.ª Ed. Trad. Almiro Pisetta, et al., São Paulo: Martins Fontes, 2002[a].

_____. *Justiça Como Equidade, Uma Reformulação*. Tad. Claudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Secundárias

ATIENZA, Manuel [e] MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho*. Teoría de los enunciados jurídicos. 4.^a ed., Barcelona: Ariel, 2007.

_____. *Para una teoria postpositivista del Derecho*. Lima-Bogotá: Palestra, 2009.

ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.

AGAMBEM, Giorgio. Contributions from Giorgio Agamben's Philosophy to the Reading of the Colombian Justransicional Case. Disponível em https://www.planaltp.gov.br/ccivil_03ato2011...Files/1285258696.pdf. Acesso a 13 de maio de 2022.

ABELLÁN, Pedro. A valoração racional das provas no processo judicial: uma aproximação ao Tema. Disponível em <https://www.publicadireito.com.br>. Acesso a 18 de agosto de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamento teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. RDA, Rio de Janeiro, 225: 5-37, jul./set. 2001.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BEAUVOIR, Simone. A liberdade é a nossa substância. A experiência vivida (vol. 2). Venda Nova: Bertrand, 1975. Disponível em <https://www.esquerda.net>, acesso a 10 dezembro de 2023.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas Marcio Pucliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Studi per una teoria generale del diritto*. Imprenta: Torino, G. Giappichelli, 1970.

_____. *Liberalism and Democracy by Norberto Bobbio*. In: *Differentia: Review of italian Thought*, vol. 8, Article 42, 1999. Disponível em <https://commons.library.stonybrook.edu/differentia/vol8/iss1/42>. Acesso a 11 de dezembro de 2023.

BODENHEIMER, E. *Jurisprudence, The Philosophy and Method of the Law*. Universal Publishing Co, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Imprenta: São Paulo, Malheiros, 1999.

BRIAN, Barry. *The Liberal Theory of Justice*, Oxford, 1973.

CHORÃO, Mário Bigotte. *Introdução ao direito – o conceito de direito*. Coimbra: Almedina, 1994.

CALSAMIGLIA, Albert. Positivismo. In: *DOXA*, 21: 209-220, 1998.

COSTA, Marcelo Dolzany da. O Sistema Judiciário em Timor Leste (1999-2002). In: *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, vol. 14, nº 11, nov.2002, pp.39-49.

CRISPI, Renato. *La crítica comunitária a la moral*. Disponível em <http://cepchile.cl/dms/lamg1/doc903.html> [2004] acesso em 2023.

CORDÓN, Juan Manuel Navaro [e] MARTÍNES, Tomas Calvo. *História da Filosofia*. 3.º vol. Filosofia Contemporânea. Edições 70, Coimbra, Portugal, 1995.

CUVILLIER, Armand. *Vocabulário de Filosofia*. Lisboa, 1997.

CULLEN, Bernard, “Philosophical Theories of Justice”, in: SCHERER, Klaus (org.), *Justice: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge UP, 1992.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DUROZOI, C. e ROUSSEL, A. *Dicionário de Filosofia*, Porto Editora, Porto, 2000.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad. J. L. Camargo, São Paulo: WFM, Martins Fontes, 2010.

_____. *Is democracy possible here?*. (principles for a new political debate). Princeton University Press: Princeton, 2006.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Law’s Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 1986.

_____. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Rawls and the Law*. Fordham Law Review, vol. 72, 2003-2004.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges, 2.º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 24, nº 1, 2004.

DYZENHAUS, David. Positivism and the Pesky Sovereign. In: *European Journal of International Law*, vol. 22, Issue 2, May 2011.

EDWARD, Terence Rajivan. (2024). "Summary of my criticism of John Rawls". Disponível em <https://www.academia.edu/98395627> Banned in the US Freedom from arbitrary arrest and right to a fair trial as basic liberties. Acesso a 17 de fevereiro de 2025.

ESPADA, João Carlos e ROSAS, João Cardoso. *Pensamento Político Contemporâneo*. Lisboa: Bertrand Editora, Chiado, 2004.

FLEINER-GESTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GALLIE, W.B. *Philosophy and The Historical Understanding*. London: Chatto & Windus. 1964. Disponível em <https://www.scirp.org>. Acesso a 11 de dezembro de 2023.

GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

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

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do carcere: notas sobre o Estado e a Política*. Trad. Carlos Nelson Coutinho com a colaboração de Luiz Sergio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2007, v. 3.

GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. 3.ed. Coimbra editora, 1978.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos de Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GOMES, Nono de Sá. *Introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Jvs, 2001.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Portugal: Publicações Europa-América, 1997.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. Clarendon Press: Oxford, 1994.

_____. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. Are There Any Natural Rights? (1955) 64 In: *Philosophical Review*, 175-91. Também publicado in *Political Philosophy*, ed.A. Quinton. Oxford: Oxford University Press. 1967.

_____. *Rawls on liberty and its priority*. In: D. Norman, *Reading Rawls: Critical studies on Rawls*. Los Angeles, Stanford University Press, 1989.

_____. Are There Any Natural Rights? In: *The Philosophical Review*, Vol. 64, n.º 2, April, 1955.

_____. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961; 2ª ed., com Post-script, editado por P.P. Buloch e J. Raz, 1994. Com tradução A.Ribeiro Mendes. 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. “Rawls on liberty and its priority” in: DANIELS, N. (ed.), *Reading Rawls*. Oxford: Basil Blackwell, 1975.

_____. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes, 6.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2011.

HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheori des Rechts und des Rechtsstaats*. 4. Auflage, Frankfurt, am Main; Surhkamp, 1994.

HABERMAS, J. Reconciliation through the public use of reason: remarques on John Rawls’s Political Liberalism: 109-131. In: *The Journal of Philosophy*. Vol. XCII, No. 3, March 1995.

HABERMAS, J., RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Trad. Gerard Vliar Roca, Barcelona: Paidós, 1998.

HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Oxford, 1929.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica do costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad., João Batista Machado, 3.º Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. A Sociedade dos Amigos de Kant, em Königsberg, 1717. Disponível em www.freunde-kants.com. Acesso a 8 de dezembro de 2023.

KAUFMANN, Alexander. Choice, Responsibility and Equality.[in]: *Political Studies*. Vol. 52, Issue 4, December 2004. Disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com>. Acesso a 18 de agosto de 2023.

KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, 2. Ed. Oxford, Oxford UP, 2002.

LIMA, Newton de Oliveira. *10 Lições sobre Rawls*. Editora Vozes, 2019.

LALANDE. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris: PUF, 1968.

LEITE, José Rubens Morato (orgs). O Princípio da Solidariedade Intergeracional. In: *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOIS, Cecília Caballero. O direito e o sistema dos direitos em John Rawls. Fundamento, validade e abrangência de uma teoria universal, em Bueno, Roberto

(organizador), Racionalidade, justiça e direito. Ensaios em filosofia do direito. Uberlândia, edufu, 2013.

MACHADO, Roberto Denis. A Influência de Ludwig Wittgenstein no Pensamento de H. L. Hart. In: *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, V. 10, n. 1, jan./jul.2015. Disponível em: <http://revistasgraduação.una.emnuvens.com.br/rej/article/view/22>. Acesso a 30 de setembro de 2022.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. 2.^a ed. (2008). Tradução Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2010.

_____. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2nd ed., ix-xvi. Oxford: Clarendon Press, 1994.

_____. *Norms, Institutions, and Institutional Facts*. In: *Law and Philosophy*, 17, 3, 301-345.

_____. “Natural Law Reconsidered”. In: *Oxford Journal of Legal Studies* 1(1981): 99-109, Reprinted in: Finnis, John, ed. *Natural Law*, vol. I. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot: Dartmouth, 1991.

MARTINEAU, H. *Comte: The Positivist Philosophy*. Translated and Condensed. London: Vol. (I), 1857.

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. 1961. Coimbra: Biblioteca Filosófica.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAIS, Armando de. *Dicionário de Inglês Português*. Porto Editora, Portugal, 1997.

MORIN, Edgar, (Epistemologia da complexidade. Mira-Sintra, Portugal: Publicações Europa-América, 1992.

_____. El desafío de la transformación de la Condición Humana en “Humana Condición” para las Humanidades. Disponível em https://www.signos universitarios aares%2C+Gestor%2Fa+de+la+revista%2C+...pecial+2_el+desafio+de+la+transformacio.pdf, 2006.

MOUFFE, Chantal. *O Regresso do Político*. Trad.: Ana Cecília Simões, Ed. Gradiva, Lisboa, 1996.

PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón. Entrevista A. H. L. Hart. In: *Revista DOXA* n. 05, 1988, pp. 339-361. Disponível em: <http://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-entrevista-a-hla-hart>. Acesso a 15 de outubro de 2023.

PERELMAN, Chaim. *Law, reason and justice*. Essay in Legal Philosophy. Org.: Graham Hagles. New York: University Press e Londres: University of London Press, 1969.

_____. The idea of justice and the problem of argument. New York: Humanities Press, 1963.

_____. *Justice, Law and Aargument*. Boston, USA, 1980, [Previously published in English as *Justice*, 1967, now out of print].

_____. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERUZZO JÚNIOR, Léo. As patologias da linguagem jurídica: a textura aberta do Direito em Hart e Wittgenstein. In: BONATO, Gilson. (Org.). *Filosofia e Direito: Reflexões - Um tributo ao professor Cleverson Leite Bastos*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 1, p. 125-142.

_____. Language and Open Texture of Law in the Philosophy of Law. In: *Peri*, v.10, n.1, 2018, pp.151-164.

_____. Hart e o direito como união de normas primárias e secundárias. In: BRÍGIDO, Edimar; GUNTHER, Luiz Eduardo. (Org.). *Filosofia do Direito em Perspectiva*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, v. 1, p. 331-345.

PETTIT, Philip. *Teoria da liberdade*. Tradução de Renato Sérgio Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

POPPER, Karl. *A vida é aprendizagem – Epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Tradução de Paula Taipas. São Paulo: Edições 70, 2001.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad.: L. Cabral de Moncada. 5 ed. Coimbra: Arménio Armado, 1997.

RAZ, Joseph. *Ethics In The Public Domain*. New York: Oxford University Press, 1996.

ROBERT, Alexy. Justification and Application of Norms. In: *Ratio Juris*, 6 (2), 1994. Disponível em <https://philpapers.org>. Acesso a 10 de dezembro de 2023.

RICHARDSON, Henry and Paul Weithman. *The Philosophy of Rawls: A Collection of Essay*, 5 Vols. Nova Iorque: Garland, 1999.

ROSAS, João Cardoso. *Concepções da Justiça*. Edições 70, Lda., 2011.

ROSAS, João Cardoso. *Manual de Filosofia Política*. Almedina, 2008.

RODRIGUEZ, M. *Acciones positivas y la Constitución Nacional*: manual de JEP de instruções. Cadernos Teóricos. Brasil, 1999.

ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales y la ética en sociedade actual*. Madrid: Civitas, 1995.

ROHLING, Marcos. & VOLPATO DUTRA, Delamar J. O Direito em “Uma Teoria da Justiça de Rawls. In: *Dissertação* (UFPel), V. 34,: 63-69, 2011.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 24ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SARLO, Oscar. Supuestos de teoria jurídica en John Rawls. In: *Revista de Ciencias Sociales*, 47 valparaíso, 2002.

SHAPIRO, Stewart. The Hart-Dworkin Debate: A short guide for the perplexed, In: *Law and Legal Theory Working Papers* n.º 77, march, 2007, The Social Science Research Network Electronic Paper Colection, disponível em <http://ssrn.com/abstract=968657>, acesso a 1 de setembro de 2023.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Tradução e interpretação de Doninelli Mendes, 4,ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paula: Companhia das Letras, 2000.

SINGH, Simon. *Positivismo Jurídico*. Editora: Record, 2006.

SOPER, Philip. *The Ethics of Deference: Learning from Law's Morals*. Cambridge University Press, 2002.

STOLZ, S. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. In: *Revista Direito FGV*, 3 (1): 101-120. Jan-Jun 2007. Disponível em: <http://bibliotecal.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/3400>, Acesso em 18 de agosto de 2023.

VASCONCELOS, Amaldo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001.

VIOLA, Francesco. Rawls e il Diritto. Em *Biblioteca della libertà* (gennaio-agosto, 2013), XLVIII.

_____. *Identità e Comunità*. Il senso morale della política. Vita e Pensiero, Milano, 1999.

VOLPATO DUTRA, Delmar J. *Justiça como Integridade: Dworkin e o Princípio da Coerência na Aplicação do Direito*. In: *Phrónesis*, Campinas, v. 8, n.º 2, jul/dez., 200

WATKINS-BIENZ, Renee M. . Die Hart-dworkin Debatte: Ein Beitrag Zu Den Internationalen Kontroversen Der Gegenwart. Editora: Duncker & Humblot GmbH, fevereiro, 2004.

ZAMBAM, Neuro José. *A teoria da justiça de John Rawls: uma leitura*. Passo Fundo: Ed. UPF, 2016.

ZAMBAM, Neuro José, ALMEIDA, Ricardo de Oliveira. O Liberalismo Político de John Rawls: A Missão de Educar a Juventude para a Democracia no Séc. XXI, In: *Revista Quaestio Iuris*. Vol. 10, n.º 03, Rio de Janeiro, 2017.

ZIPPELIUS, Reihold. *Introdução ao estudo do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.