

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**COMO OS TRIBUNAIS SUPERIORES DEVEM DECIDIR:
UMA PERSPECTIVA RAWLSIANA.**

GABRIEL ANTUNES HESS

**RIO DE JANEIRO
2017 / 1º SEMESTRE**

GABRIEL ANTUNES HESS

**COMO OS TRIBUNAIS SUPERIORES DEVEM DECIDIR:
UMA PERSPECTIVA RAWLSIANA.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira**.

**RIO DE JANEIRO
2017 / 1º SEMESTRE**

CIP - Catalogação na Publicação

H586c Hess, Gabriel Antunes
Como os tribunais superiores devem decidir: Uma perspectiva Rawlsiana. / Gabriel Antunes Hess. -- Rio de Janeiro, 2017.
61 f.

Orientador: Fábio Perin Shecaira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. John Rawls. 2. Razões públicas. 3. Filosofia política. 4. Legitimidade democrática. 5. Decisões judiciais. I. Shecaira, Fábio Perin, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

CDD:

GABRIEL ANTUNES HESS

**COMO OS TRIBUNAIS SUPERIORES DEVEM DECIDIR:
UMA PERSPECTIVA RAWLSIANA.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira**.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2017 / 1º SEMESTRE**

AGRADECIMENTOS

Queria agradecer a todos os professores que tive ao longo dos anos, que foram capazes não só de me instigar e orientar na busca pelo conhecimento, como também por eternizar momentos de gratidão que espero um dia poder retribuir. Gostaria com três desses momentos poder reconhecer simbolicamente todos os educadores que passaram pela minha vida.

Tive meu primeiro professor de filosofia, o qual não me recordo infelizmente o nome, em meu primeiro ano do Ensino Médio (já que o cursei duas vezes) na Escola de Educação Básica Vidal Ramos Junior. Ele me ensinou todo o pouco que sei sobre falácias argumentativas naquele ano, nunca esqueci suas aulas. Um dia andando pelo centro da cidade, eu devia ter cerca de 13 anos, o encontrei por acaso e o cumprimentei. Ele estava acompanhado por outra pessoa e, quando foi me apresentar a ela., ele não me introduziu como seu aluno, mas como seu amigo. Esse pequeno gesto de carinho teve muita importância para aquele garoto inseguro nas escolhas da vida, e serei eternamente grato por ele.

O segundo gesto que gostaria de lembrar foi protagonizado já nos meus 15 anos por minha professora de teatro, Luiza Longuini. Após uma de suas aulas, enquanto ensaiávamos “Sonhos de uma noite de verão”, eu longe de casa e extremamente perdido fui me esconder em um dos bancos de madeira que ficavam em um canto escuro da minha escola, buscando me controlar antes de enfrentar o convívio social. Ela ter vindo me encontrar e me abraçado, fazendo aquele garoto de 15 anos desabar em lágrimas era o que eu precisava naquele momento, mesmo que eu não soubesse à época. Nunca poderei esquecer esse dia e as melancias que aprendi a contar nas manhãs sombrias.

O último gesto que gostaria de lembrar foi realizado pelo meu orientador, Fábio Perin Shecaira, nos primeiros anos de faculdade. A transição de uma escola residência para uma faculdade pública no período noturno é deveras brutal, principalmente no distanciamento com as relações entre docentes. Acho que no meu terceiro período eu havia escrito um artigo em coautoria com outros professores e estava me sentindo animado. Lembro que enviei esse artigo para a maioria dos professores que havia tido até aquele momento na faculdade. Obviamente, nenhum deles retornou o e-mail de um aluno desconhecido que havia enviado um artigo sobre uma área de saber a qual não era a deles com autoria de outros professores. Somente o professor Fábio me retornou com suas observações e sugestões, apesar de não estar

me orientando ou ganhando nada com isso. Esse gesto de carinho descompromissado fortaleceu minha profunda admiração e me fez desejar naquele momento poder ser orientado por ele futuro. Espero não o ter decepcionado.

Preciso também agradecer a minha companheira, Viviane Bernini Vilar, sem a qual indubitavelmente esta monografia não teria sido feita, pelo menos, não neste semestre. Quando eu gostaria de desistir ou de pelo menos adiar a escrita deste trabalho, era sua voz de bronca que me fazia ter forças (ou medo) para continuar. Quando eu precisava compartilhar meus tediosos devaneios filosóficos, era sua orelha a qual eu emprestava. E quando eu tinha vontade de acompanhar as aulas de filosofia às 20h da noite de uma sexta feira no último período da faculdade, era sua companhia que eu compartilhava.

Por fim, preciso agradecer a minha família, que sempre me incentivou a poder estudar. O sonho dos meus pais de ver seus filhos formados em uma faculdade pública sempre foi compartilhado por mim e minha irmã. Concluo com este trabalho a última etapa da concretização desse sonho e garanto a eles que foram seus ensinamentos que me trouxeram até aqui. Ainda que direito talvez fosse a única faculdade a qual não desejavam que eu cursasse, espero que conte para seus corações, e peço desculpas pela minha eterna mania de ser do contra.

EPÍGRAFE

*(...) nenhum ordenamento jurídico pode falar em nome do povo. Ao contrário, o ordenamento jurídico de uma sociedade democrática reconhece sua própria fragilidade, sua incapacidade de ser a exposição plena e permanente da soberania popular.*¹(grifo do autor)

¹ VLADIMIR, Safatle. **A esquerda que não teme dizer seu nome**. São Paulo: Três Estrelas, 2012.

RESUMO E PALAVRAS-CHAVES

O objetivo deste trabalho é delimitar, a partir das noções de razão pública e consenso sobreposto de John Rawls, um substrato teórico que possa servir de balizador ao conceito de justiça empregado pelos tribunais superiores (ou por aqueles que exerçam função similar). A primeira parte do trabalho foca na crítica ao utilitarismo, na questão do pluralismo de doutrinas morais nas sociedades atuais e na abordagem da noção de razões públicas. A segunda parte delimita as ideias do razoável e o conceito de consenso sobreposto. Já a terceira parte busca trazer uma inteligibilidade a esses conceitos para a lógica de um tribunal superior, trabalhando também a noção das liberdades fundamentais e usando como exemplo hipotético de aplicação desse substrato o caso do aborto.

Palavras chave: John Rawls; Razões públicas; Filosofia política; Legitimidade democrática; Decisões judiciais.

ABSTRACT AND KEYWORDS

The purpose of this work is to delimit, on the basis of John Rawls' notions of public reason and overlapping consensus, a theoretical substrate that might serve as model to the conception of justice employed by supreme courts (or by those who perform similar functions). The first part of the paper focuses on the critique of utilitarianism, on the question of the pluralism of moral doctrines in today's society, and on the notion of public reason. The second part delimits the ideas of reasonableness and the concept of overlapping consensus. The third part seeks to explain the role that those concepts may play in the logic of a supreme court, also considering the notion of fundamental freedoms and using as a hypothetical example of the application of this substrate the abortion case.

Keywords: John Rawls; Public reason; Political philosophy; Democratic legitimacy; Judicial decisions.

SUMÁRIO

I.	INTRODUÇÃO	10
II.	CAPÍTULO 1: RAZÕES PÚBLICAS	14
	i. Uma resposta ao utilitarismo.....	14
	ii. A justiça como equidade.....	17
	iii. A questão do pluralismo.....	19
	iv. O Liberalismo Político.....	21
	v. As ideias do razoável.....	23
	vi. Objeções iniciais.....	26
III.	CAPÍTULO 2: CONSENSO SOBREPOSTO	29
	i. Doutrinas abrangentes razoáveis.....	29
	ii. O pluralismo razoável.....	31
	iii. O consenso sobreposto.....	33
	iv. A questão da estabilidade.....	37
	v. Sobre a justificação e outras problemáticas.....	39
IV.	CAPÍTULO 3: SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS	42
	i. O igualitarismo de Rawls e o critério da reciprocidade.....	42
	ii. A prioridade das liberdades fundamentais.....	43
	iii. Questões políticas essenciais ou os limites da deliberação democrática.....	45
	iv. A questão da legitimidade e a noção de lei legítima.....	48
	v. Como os tribunais superiores devem decidir.....	49
	vi. Uma análise hipotética: a questão do aborto.....	52
	vii. Os limites instrumentais da teoria.....	54
V.	CONCLUSÃO	56

I. INTRODUÇÃO

Inúmeros são os desafios da práxis jurídica dos tribunais superiores na atualidade. Um destes, talvez o maior, é sem dúvida garantir o equilíbrio entre a deliberação representativa democrática do poder legislativo e os limites desta deliberação, impostos por uma retomada, ainda que com outra rotulação (atualmente se encontra na moda o termo neoconstitucionalismo), do que conhecemos por direitos naturais.

Afirma o lugar comum acadêmico (que não por comum é incorreto) que após os acontecimentos dos movimentos fascistas europeus, em especial na Alemanha, os magistrados, e em especial os tribunais superiores, não poderiam estar vinculados tão somente a lei, mas deveriam observar em seus julgados se estas leis obedeciam aos direitos humanos, ou em outras palavras, se estavam de acordo com preceitos básicos de justiça.

Não estando de acordo com tais princípios, não deveriam os magistrados aplicá-las. Tal ponto de vista parece não oferecer maiores problemas para o pensamento ordinário quando se pensa em não obedecer, por exemplo, a uma lei que determinasse que todos os judeus devessem utilizar publicamente a Estrela de David estampada. Seja pelo absurdo que tal ato em si transparece, seja pela distância histórica que nos garante um melhor discernimento.

No entanto, o que essa nova doutrina afirma em essência é que o Poder Judiciário, em especial através da atuação de seus tribunais superiores, deve delimitar o espaço da deliberação democrática pura. E se tal asserção é aceita, a pergunta que obviamente se origina é: a partir de quais parâmetros?

Tal questão por si só leva a inúmeros trabalhos doutrinários e milhares de páginas que ainda serão escritas. Não me interessam, entretanto, tais questões específicas da dogmática jurídica. Estou buscando um momento anterior a esta questão, qual seja, qual a legitimidade que estes tribunais podem ter para decidir a despeito da vontade da maioria. Ainda mais, por que a maioria deveria se submeter à decisão de tais tribunais baseados em uma suposta técnica jurídica que chega a resultados estranhos a seus desejos. Formulando de forma mais precisa: Como os tribunais superiores devem decidir para que seus julgados sejam evitados de

legitimidade democrática mesmo quando contrariem as determinações de órgãos representativos da vontade da maioria?

Permitam-me aprofundar um pouco mais. Num ambiente de sociedades multiculturais, em que inúmeras são as concepções morais, religiosas e políticas de cada grupo de pessoas, como um tribunal superior deve atuar para afastar da deliberação democrática determinadas questões garantindo dessa forma a própria legitimidade democrática, de forma que não oprima as concepções morais particulares que os diferentes indivíduos carreguem?

Óbvio que a pretensão destas perguntas por muito ultrapassa o escopo deste projeto, e para garantir um mínimo de profundidade na análise da questão irei abordá-la a partir da perspectiva de um filósofo que se debruçou sobre o assunto. Por isto, voltarei minha análise bibliográfica à teoria de John Rawls e ao material crítico produzido a partir dela, em especial, a partir de sua noção de razões públicas.

Dessa forma, a pergunta que buscarei responder ao longo do texto é: A teoria de John Rawls sobre razões públicas garante por si só legitimidade democrática se aplicada nas decisões judiciais de temas moral/politicamente sensíveis pelos tribunais superiores? Ou de forma mais elegante: Como os tribunais superiores podem conferir legitimidade democrática a suas decisões a partir de uma concepção da doutrina rawlsiana? Sintética e atrativamente, da forma disposta no título: Como os tribunais superiores devem decidir?

Para responder esta questão com propriedade, precisarei percorrer um caminho doutrinário para construir as bases de conhecimento suficientes que me permitam refletir sobre a pergunta. No primeiro capítulo verificarei qual é a noção de razões públicas estabelecida por Rawls, quais foram os principais trabalhos publicados pelo autor sobre ela e quais as principais críticas e variações que o mundo acadêmico propôs.

Sendo este o principal substrato para o presente tema, não posso me olvidar de analisar em qual tipo de sociedade se aplicaria seu conceito, ou seja, qual seria o palco para as decisões judiciais de um tribunal superior. Nesse caminho, no segundo capítulo observarei outra ideia de Rawls: a noção de consenso sobreposto de concepções morais particulares.

Por fim, no último capítulo devo me questionar como os magistrados poderiam utilizar tais noções para suas decisões, ou seja, qual instrumentalidade poderia ser obtida para a realização das decisões a partir destas concepções. E, talvez o ponto mais importante: essa instrumentalidade parece ser suficiente para atingir aos objetivos propostos de garantir a legitimidade democrática das decisões judiciais?

De forma a deixar tal análise mais palatável, ainda no terceiro capítulo, buscarei, mesmo que de forma incipiente (mas nem por isso alheia de substrato doutrinário), trabalhar com um tema concreto para ajudar a visualização de tal aplicação. Pela necessidade de um tema moralmente controverso, utilizarei a ainda não resolvida problemática do aborto.

Apesar das discussões sobre o objeto elencado aqui serem constantes na sociedade ocidental, em especial após o modelo de tripartição de poderes e da renovada noção de democracia, talvez o cenário de crise política nacional (poderíamos dizer mundial), no qual a atuação dos tribunais superiores se faz mais presente regulando e interferindo nas leis e atuações dos poderes legislativo e executivo, em um movimento conhecido como ativismo judicial, faça ser ainda mais importante a análise da questão.

Por que os tribunais superiores poderiam suplantam as decisões do congresso nacional e de onde advém sua legitimidade para tal são questões de suma importância para delimitar qual deve ser o papel do Poder Judiciário, que por vezes, parece não ter limites externos além dos que se auto impõe.

Por isso, verificar quais são os parâmetros que garantem a legitimidade das decisões, num cenário de judicialização da política, no qual os perdedores de disputas democrática quantitativas apelam ao judiciário muitas vezes para terem revertidas as decisões em seu favor, é essencial para delimitar até onde essa atuação deve ir e de que modo deve ser realizada. Dessa forma, esta questão da filosofia política desemboca na própria arquitetura institucional dos poderes no modelo de Estado contemporâneo.

Não podemos deixar um poder decidir sozinho seus próprios limites, mas sim, devemos estimular a discussão acadêmica, política e social sobre tema, para em conjunto estabelecer quais são os critérios aceitáveis para que as decisões tomadas ainda sejam legítimas perante a sociedade. No extremo, para delimitar até que ponto a interferência de um

poder dito neutro é legítima o suficiente para garantir sua observância pelas outras figuras da sociedade, incluindo seus próprios cidadãos. E apesar de tudo, como essa própria interferência pode ser essencial para a noção de Estado Democrático de Direito. No abismo das questões subjacentes ao explorado, é isto que pretendo ajudar a responder.

II. CAPÍTULO 1: RAZÕES PÚBLICAS.

i. Uma resposta ao utilitarismo.

A história da filosofia política indubitavelmente percorreu inúmeros caminhos, bifurcações e estradas sem saída. Diversas teorias foram propostas, criticadas, reelaboradas e remodeladas. A busca por explicar e propor como as instituições de uma sociedade, ou seja, como o Estado em si e todo seu aparato, passaram a existir, existem ou devem existir intrigou os seres humanos desde a China antiga² até os dias atuais. Focarei no último ponto elencado, que se relaciona a como o Estado deve existir, em outras palavras, o que é justo em relação aos atos realizados pelas instituições políticas e quais critérios devem ser seguidos por elas. Nos últimos séculos, duas linhas doutrinárias se destacaram em responder esta pergunta: o utilitarismo e o contratualismo.

O utilitarismo tem em sua essência a ideia da maximização do prazer (ou utilidade) e da diminuição da dor. Sua base de análise parte do princípio da utilidade, que é a ideia de que um ato é tão bom quanto sua capacidade de aumentar prazer das pessoas afetadas pelo ato, sem causar tanta ou mais dor³. Buscando outras palavras, trago o conceito base de Bentham⁴, que de forma simples o exprimiu:

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade.⁵

Dessa forma, a ideia política de uma doutrina utilitarista seria aquela na qual um Governo (termo que utilizarei neste trabalho como sinônimo de Estado), para ser justo, deve

1 Posso citar as doutrinas do confucionismo, legalismo, moísmo e taoísmo desenvolvidas por volta do século V a.C. Para mais informações ver Ya-lan Fung em “A Short History of Chinese Philosophy”.

3 Ainda que esses termos sejam utilizados comumente na doutrina utilitarista, gostaria de fazer a ressalva que utilizarei, assim como Rawls, o conceito de prazer ligado à noção da satisfação de um desejo racionalizado, e o da dor como sua frustração. Assim, na hipótese de alguém ser forçado a sentir prazer contra sua vontade, não teríamos a concretização do princípio da utilidade, que se estabeleceria, no entanto, no caso de alguém forçado a sentir dor que a desejasse. Em resumo, os termos prazer e dor não devem ser tomados em sua literalidade.

4 Como poderia ser usado o de Sidgwick ou de Mill para esse propósito genérico.

5 BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Página 10.

basear suas ações no princípio da utilidade. Ou seja, deve buscar “o maior saldo líquido de satisfação”⁶ na sociedade, entre o incremento que causou no prazer e o que eventualmente causou na dor. É, portanto, uma doutrina teleológica, já que define o que é justo a partir da consequência de um ato, sendo justo tudo aquilo que causa mais prazer do que dor. Não existe para ela valor intrínseco a um ato, mas tão somente o valor de seus desdobramentos em relação ao princípio da utilidade.

Assim, suponhamos que uma prefeitura adquiriu recursos suficientes para construção de uma nova escola e precise decidir em qual local deverá ser construída. Usando o modo de pensar utilitarista, a escola deverá ser construída no local que atenda ao maior número de pessoas interessadas, causando assim o maior incremento de felicidade possível. De outra forma, mas com a mesma abordagem, podemos pensar no casamento entre pessoas do mesmo sexo. Oras, o incremento de felicidade das pessoas que se casam parece ser maior do que o desconforto causado nas pessoas contra este tipo de casamento, sendo assim, justo que o estado não o proíba. Penso que temos claro agora, a lógica do funcionamento de tal doutrina.

Rawls nega o princípio da utilidade em uma “Teoria da Justiça”. Aliás, de forma expressa, começa seu livro informando seu objetivo de “elaborar uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral”⁷, vinculando-se desde logo à teoria do contrato social.

Antes de iniciar a discorrer sobre o que é proposto, precisamos saber os motivos que levariam a entender que o utilitarismo não é uma boa solução. Em sua essência temos que a noção de maximização do prazer só protege as liberdades básicas do indivíduo na medida em que estas liberdades produzem, no todo, mais prazer do que dor. Ou seja, a proteção destas liberdades de forma generalizada só ocorre incidentalmente, na medida em que o cálculo contingente se torne muito arriscado, sendo preferível a opção pela proteção geral de determinados direitos à chance da violação de uma liberdade por um cálculo mal feito. As liberdades fundamentais não teriam um caráter absoluto, ou inato, e poderiam, hipoteticamente, ser ignoradas caso não atendessem mais o princípio da utilidade. Elas seriam

6 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 4ª edição revisada. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Página 27.

7 Ibidem.

apenas derivações da aplicação do princípio da utilidade, as quais a experiência teria mostrado útil para a maximização do prazer.

Além disso, as pessoas não são analisadas como indivíduos autônomos heterogêneos, mas somente como produtores de desejos a serem satisfeitos. Se não existe uma definição independente do justo, e se o bem objetiva a maximização do prazer, é certo que indivíduos podem fazer cálculos de sacrifício, deixando de comer um chocolate pelo bem de sua aparência física, por exemplo, por entender que este desejo lhe é mais caro. Tão certo também é que a sociedade poderá realizar tais cálculos, sacrificando o prazer de alguns indivíduos em prol da maximização da maioria, sem ferir desse modo o princípio da utilidade, tendo em vista que, não existe qualquer direito anterior à análise de suas consequências sob a ótica da maximização de prazer.

Para nos dar maior clareza sobre a realização desses cálculos, elencarei alguns exemplos. Note a posição adotada pela sociedade na famosa música “Geni e o Zepelim”⁸ de Chico Buarque. Um forasteiro chega a uma cidade e ameaça sua completa destruição, a menos que um de seus habitantes lhe seja entregue por uma noite para que o use como desejar. O cálculo de prazer neste caso é: causaremos o incremento de dor em uma habitante, mas pouparemos o incremento de dor de toda a população, de modo que a pessoa deve ser entregue. As consequências para a ação proposta possuem o maior saldo líquido de satisfação, e por isso, o cálculo utilitarista permite a entrega de seu habitante, já que não pressupõe qualquer direito prévio ou natural a ele.

Utilizando um exemplo mais ordinário, podemos pensar na distribuição de remédios pelo SUS. Levando a posição utilitarista a suas últimas consequências, não seria justo fornecer remédios extremamente caros, fora do orçamento do sistema, se o fornecimento de um remédio destes implicasse na falta de fornecimento de centenas de outros remédios ordinários. O incremento da felicidade de uma pessoa seria inferior ao incremento de centenas de pessoas, e o cálculo seria rejeitado. Note-se que posição utilitarista possui um caráter neutro em relação ao ato em si, porque se importa com suas consequências, e não irá atribuir a individualidade valores de proteção mínimos *à priori*.

8 HOLANDA, Francisco Buarque. **Geni e o Zepelim**. Rio de Janeiro: Polygram/Philips, 1979.

Para o contratualismo rawlsiano, há uma inversão crucial de valores nestas análises. Partem das consequências dos atos para determinar sua justiça, enquanto deveriam partir dos atos em si. Enquanto a doutrina utilitarista é teleológica, igualando o conceito de bem ao de justiça, a doutrina contratualista é deontológica, definindo primeiro o que é justo, para depois analisar os atos e suas consequências. O que é justo independe das consequências, ainda que não lhe seja, por óbvio, indissociável delas. Assim, a partir da definição do que é justo, podemos rejeitar diversos cálculos antecipadamente, como, por exemplo, o cálculo da tortura. O utilitarismo poderia aceitá-la se, digamos, fosse entendido que a aplicação da tortura sob determinados parâmetros tem um alto percentual de sucesso em maximizar a felicidade, e que as aplicações indevidas ou infrutíferas causassem menos dor do que o incremento de prazer acarretado. Já o contratualismo mencionado sequer o consideraria, pois ele estaria fora da concepção de justiça defendida.

Uma doutrina contratualista é, assim, aquela que pressupõe um contrato realizado por toda a sociedade, no qual são definidos os conceitos de justiça, seus procedimentos e pontos essenciais dos arranjos políticos. A diferença essencial é que a proposta contratualista limita e define os parâmetros pelos quais uma sociedade deve se ordenar, já o utilitarismo pressupõe todos os meios possíveis, desde que alcancem o fim desejado:

Em um caso, pensamos a sociedade bem-ordenada como um sistema de cooperação para vantagens recíprocas regulado por princípios que seriam escolhidos em uma situação inicial equitativa; no outro, como a administração eficiente dos recursos sociais a fim de elevar ao máximo a satisfação do sistema de desejos construídos pelo observador imparcial a partir dos inúmeros sistemas de desejos aceitos como dados.⁹

Feita esta breve explicação do tipo de teoria de que Rawls buscava se afastar (ou responder, negar, criticar) vou abordar qual concepção de justiça ele defende como correta: A justiça como equidade.

ii. A justiça como equidade.

A justiça como equidade é uma teoria contratualista, como já dito. Mas não uma teoria do contrato social clássica, e sim de um contrato hipotético. Hipotético por que se baseia em uma abstração, imaginando determinadas condições nas quais esse contrato seria firmado, que

9 Ibidem. Página 41.

não ocorreram ou ocorrerão no mundo real. Por isto, ela se afasta de um contratualismo real, no qual “as regras morais não dependem de outra coisa senão dos desejos ou preferências pessoais”¹⁰. Assim, sua teoria pressupõe regras morais que seriam válidas independentemente de um acordo real entre pessoas e de sua capacidade de negociação (ou de sua força), estabelecidas recursivamente na forma contratual com o intuito de ressaltar o aspecto igualitário entre as pessoas.

Seu objeto é restrito. Ela não busca estabelecer todas as respostas à questão do que é justo, mas busca estabelecer as bases de justiça de uma determinada sociedade. Assim, se limita aos arranjos básicos sociais, e o funcionamento de suas instituições mais importantes. Buscando responder a essa questão pela ótica contratualista que “impõe ponderáveis limites aos princípios aceitáveis de justiça”.¹¹

Os pressupostos dessa formação contratual (ou a posição originária de sua formação) utilizarão o que Rawls denomina de véu da ignorância. Nesse exercício dialético, supõe-se que o contrato moral será realizado por indivíduos racionais e altruisticamente desinteressados, eles não são invejosos, mas também não possuem interesse nos desejos alheios quando estes não tenham uma conexão com eles próprios (são pessoas ordinárias que almejam bens como direitos, riquezas, empregos dignos e felicidade, sem ter o objetivo que o outro seja mais feliz ou infeliz do que eles próprios). Esses indivíduos momentaneamente desconhecem quaisquer de suas características subjetivas, ou seja, não sabem se são ricos ou pobres, atléticos ou inteligentes, velhos ou novos, cristãos ou muçulmanos, mas sabem que existem pessoas com essas características. Ficando sem saber qual arranjo moral específico lhes seria favorável, ou desfavorável, em um *status quo* equitativo.

Nesse cenário, pode-se supor que a definições de regras pelos seus participantes evitaria resultados que trouxessem grandes malefícios, ainda que para poucos, em prol do benefício da maioria. Já que eles próprios podem estar incluídos nesta minoria, de modo que não tomariam riscos de se condenarem a grandes infortúnios em prol de terceiros. Seriam,

10 GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Página 13.

11 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 4ª edição revisada. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Página 22.

então, propensos a rejeitar o utilitarismo, já que “ninguém tem motivo para aceitar uma perda duradoura para si mesmo a fim de gerar um saldo líquido maior de satisfação”¹².

Mas o cenário não acaba com o véu da ignorância. Essas pessoas reunidas teriam um objetivo: o de estabelecer os princípios básicos de uma sociedade. Princípios os quais devem estar de acordo com nossas intuições morais, atendendo casos de cujo caráter moral temos certeza (devem rejeitar a discriminação racial por exemplo), e servir como orientadores de situações nos quais temos dúvidas (como a distribuição de renda). Isso ponderado através de um equilíbrio reflexivo descrito em “Uma teoria da justiça”:

Começamos por descrevê-la [a situação] de modo que represente condições amplamente aceitas e de preferências fracas. Verificamos, então, se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Em caso negativo, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. (...) é possível que haja discrepâncias. Nesse caso, temos uma escolha. Podemos modificar a caracterização da situação inicial ou reformular nossos juízos atuais, pois até os juízos que consideramos pontos fixos provisórios estão sujeitos a reformulação. **Com esses avanços e recuos, (...) suponho que acabemos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados (grifo nosso).**

Nessa posição inicial, ponderando da maneira descrita, Rawls concebe que tais indivíduos chegariam a dois princípios fundamentais¹³:

1. Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.
2. As desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que somente existam na medida em que beneficiem a todos, e devem estar atreladas somente a cargos e posições acessíveis a todos.

Ainda que o segundo princípio se refira a uma das mais importantes questões sociais, a distribuição de recursos, nosso enfoque neste trabalho tem maior ligação com o primeiro princípio. Este estabelece que é justo que cada ser humano tenha, independentemente de

12 Ibidem. Página 17.

13 Ibidem. Página 73.

qualquer situação teleológica, acesso a um sistema de liberdades fundamentais tão extenso quanto o sistema de liberdades do outro, sendo o encontro de tais liberdades seus limites.

iii. A questão do pluralismo.

Até este momento abordei a necessidade vislumbrada por Rawls de uma nova teoria moral ser uma resposta à corrente utilitarista. Verifiquei as bases contratualistas desta teoria, e de que forma ela se desenharia, com sua preocupação com a equidade. Não adentrarei agora em detalhes da ideia de justiça como equidade, mas abordarei por que, como foi posta, essa doutrina, apesar de ser atrativa, não nos oferece uma resposta adequada à questão social do pluralismo.

O ponto crucial é que, como é desenvolvida em “Uma teoria da justiça”, a noção de justiça com equidade parece necessitar de uma sociedade com tal nível de organização que a maioria de seus membros a aceitem como verdadeira. Ainda que ele busque limitar o escopo de abrangência da doutrina às questões políticas fundamentais da sociedade, todos os membros dessa sociedade bem-ordenada, deveriam compartilhar essa mesma noção de justiça política:

É uma sociedade [bem-ordenada] na qual todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e as instituições sociais básicas atendem e se sabe que atendem a esses princípios. A justiça como equidade está estruturada para estar de acordo com essa ideia de sociedade.¹⁴

Isso, pensando em sociedades globalizadas multiculturais, parece ser irrazoável. Ou seja, tal doutrina parece ser nesse plano um atrativo projeto retórico ou modelo utópico de sociedade. Gargarella sintetiza essas críticas caracterizando a teoria de Rawls de forma tal que:

(...) pressupunha um ideal iluminista segundo o qual se podia esperar a descoberta de uma doutrina filosófica que fosse capaz de nos revelar quais condutas são corretas e quais não, e que fosse, ao mesmo tempo, capaz de ser reconhecida por qualquer pessoa que raciocinasse de modo adequado.¹⁵

14 Ibidem. Página 560.

15 GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Página 227.

Assim, se reconhecemos como objetivo a criação de uma concepção política de justiça funcional, ou seja, que possa ter viabilidade em sua aplicação em uma sociedade tal como as existentes, precisamos reconhecer a impossibilidade do compartilhamento de uma única doutrina como verdadeira, ainda que restrita a questões políticas. Pessoas diferentes terão concepções morais diferentes umas das outras, sejam essas concepções religiosas ou seculares. E essas concepções devem dialogar em um regime democrático com o apoio voluntário de seus membros.

Com essa conclusão acrescento uma questão. Não importa somente, ou necessariamente o que é justo, mas o que é uma deliberação justa em termos de filosofia moral. Ou seja, de que forma um regime democrático deve deliberar, e sob quais limites, para que o resultado de suas deliberações seja justo. Chega-se a uma questão essencial de processo de justiça, e não somente de definição do justo, já que não podemos pressupor que todas as pessoas terão as mesmas concepções que nós.

Para a doutrina política proposta ter sucesso, os membros de uma sociedade precisam aceitar como razoável o resultado de uma deliberação política de justiça independentemente de suas concepções morais particulares. Ainda que alguém considere imoral se casar com outra pessoa do mesmo sexo, ela deve aceitar como um resultado razoável, se baseado em um procedimento justo, a permissão de que pessoas do mesmo sexo casem, e não como mera contingência que deve suportar aguentar por ter sido forçado pela força cogente estatal. Além disso, precisam vislumbrar que esse resultado é razoável a outras pessoas, e que estas também o percebem desta forma. De que forma isso deve ser feito, e como Rawls usou do que já havia desenvolvido para responder a esta questão, é o que passarei a abordar.

iv. O liberalismo político.

Já na introdução de um livro representativo da fase madura da sua obra, Rawls constrói com precisão quais as ideias que deseja sedimentar a partir do que criou em “Uma teoria de justiça”:

(...) como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais, que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis? (...) como aqueles que professam uma doutrina religiosa que se baseia na autoridade religiosa, por exemplo, da Igreja ou da

Bíblia, podem também subscrever uma concepção política razoável que ofereça sustentação a um regime democrático justo?

O problema do Liberalismo Político é o de formular uma concepção política de justiça para um regime democrático constitucional que uma pluralidade de doutrinas razoáveis, tanto religiosas quanto não religiosas, possa livremente subscrever, e, assim, de maneira que possam ser livremente praticadas em conformidade com essa concepção e compreender suas virtudes.¹⁶

O que se busca são as razões certas para que as sociedades plurais democráticas da atualidade convivam de modo justo, a partir de um modelo de justiça razoável. Para entender melhor a ideia deste ponto, vou tomar a garantia de liberdade religiosa por exemplo. Quando as doutrinas protestantes e católicas começaram a conviver, o resultado era a busca da aniquilação mútua. Ambas as partes objetivavam prevalecer sobre a outra, juntamente com suas concepções de verdade. A partir de certo momento, não obtendo sucesso nenhuma delas, passaram a conviver aceitando a outra com o intuito de evitar o derramamento de sangue. As circunstâncias de convivência as levaram a que moldassem um modelo de coexistência, um *modus vivendi* próprio. Mas, na concepção de justiça que estamos desenvolvendo, a partir de razões erradas. Pois, se fosse garantido que uma destas doutrinas pudesse se sobrepujar em relação à outra livre das consequências negativas que a impediam (o derramamento de sangue), ela o faria. Ou seja, são circunstanciais as razões impedindo que uma doutrina expurgue a outra, frutos de um equilíbrio instável de poderes. E não nos parece que esse arranjo seja durador ou que leve a resultados justos quando das deliberações coletivas.

Encaminho-me então para uma concepção política de justiça, não abrangente, que conviva com diferentes concepções morais sobre a vida, sendo capaz de criar resultados justos através da deliberação democrática, a partir de uma base igualitária, desenvolvida através de uma abstração contratualista. Essa é a base para a noção de razões públicas. Em suma:

A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham do status de cidadania igual. O objeto da razão dos cidadãos é o bem do público, aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica institucional da sociedade e os propósitos de fins a serviço dos quais tal estrutura deve se colocar.¹⁷

Agora é preciso explicar como a concepção defendida de razões públicas se diferencia das razões do público em geral. A noção de razões públicas limita o espaço argumentativo

16 RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. Edição ampliada. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Página XLI.

17 Ibidem. Página 251.

deliberativo para alegações que possam ser aceitas razoavelmente pela maioria dos cidadãos razoáveis. Este ponto, controverso, é o ponto que deontologicamente deriva da análise já feita. Esses limites se aplicariam as questões políticas básicas de uma sociedade, nas quais, razões não públicas, ou seja, somente compartilhadas por um grupo de pessoas e desprovidas de razoabilidade, não seriam aceitas como justas.

A ideia seria que, quando o que está em jogo são questões tão básicas como as citadas [apoiar determinada lei ou interpretar a constituição de certo modo], não convém que os cidadãos ou os diferentes grupos e partidos políticos apelem para razões que os demais não possam aceitar razoavelmente.¹⁸

A aplicação das razões públicas garantiria a legitimidade das decisões, na medida em que os cidadãos não sofressem coerção para aceitar o decidido. O resultado da aplicação seriam medidas apoiadas em argumentos que todos pudessem razoavelmente aceitar, de modo que uma determinada visão de mundo particular não poderia prevalecer em relação às outras simplesmente por ter adquirido maior adesão, poder político ou econômico. Obedecer a razões públicas nas deliberações políticas fundamentais seria respeitar o que Rawls chama de princípio da reciprocidade. Ou seja, respeitar que os cidadãos são iguais e livres, não sendo justo reprimir sua individualidade tampouco forçar determinada visão moral.

Por enquanto, tudo o que construí é ainda muito abstrato, já que não especifiquei o que exatamente entendemos por razoável. Quando digo o que pessoas podem razoavelmente aceitar, preciso limitar o que se entende por isso e quem seriam essas pessoas que poderiam aceitar tais questões. É o que farei agora.

v. As ideias do razoável.

O razoável, embora não se oponha ao racional, se diferencia deste. Retomemos a situação de Geni. É racional que as pessoas da cidade a sacrifiquem para que sobrevivam, mas não é razoável realizar isto. Em outro exemplo, podemos pensar em alguém que possua uma joia extremamente valiosa, e se encontre perdido no deserto muito próximo de morrer de sede (ou pensar estar morrendo). Em determinado momento encontra um transeunte que lhe pede sua joia em troca de um cantil de água. É racional ao transeunte realizar o pedido, já que se encontra em posição de barganha extremamente favorável, mas não é razoável.

¹⁸ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Página 237.

O que quero dizer com isso é que o razoável pressupõe termos de justa cooperação. No sentido em que, me colocando no lugar do outro, eu possa me sentir satisfeito com a proposta que fiz. Assim, razões públicas são aquelas as quais o proponente pode vislumbrar que seriam satisfatórias (em menor ou maior grau, mas ainda sim satisfatórias) a todas as pessoas razoáveis afetadas por elas. E pessoas razoáveis seriam aquelas que “não são motivadas pelo bem comum como tal, e sim desejam, como um fim em si mesmo, um mundo social em que elas, na condição de pessoas livres e iguais, possam cooperar com todos os demais em termos que todos possam aceitar.”¹⁹

É claro que não se pode esperar que a totalidade de uma população seja composta por pessoas razoáveis, mas, para que o proposto seja aplicável, é necessário que o número de pessoas não razoáveis não seja suficiente para solapar as bases das instituições sociais criadas. Vale a pena ressaltar que as pessoas não razoáveis não se esquivam de esquemas cooperativos, mas quando entram “não estão dispostas a honrar, nem mesmo propor, exceto como um expediente necessário de simulação pública, quaisquer princípios ou critérios gerais que especifiquem termos equitativos de cooperação.”

Seriam pessoas que só buscam acordos que as beneficiem, seja de forma direta, seja através de artimanhas para ludibriar. Se à teoria filosófica fosse permitida a leveza das comparações infantis, seriam verdadeiros lobos em pele de ovelha, pseudo participantes da vida pública. Podemos ser céticos em relação à existência das pessoas razoáveis, mas é fácil vislumbrar que na vida cotidiana as pessoas parecem predispostas a participar deste tipo de cooperação. Ainda que possa ser racional furtrar um objeto, não vemos isso como vantajoso para a pessoa que possui o objeto furtado, e não furtamos um objeto na maioria das vezes, não porque existe um esquema de segurança, ou tememos ser pegos, mas simplesmente por que entendemos que não seria razoável, e por consequência, não seria justo.

É essa noção moral intuitiva que acredito que Rawls quer chamar de razoável, e é a partir dela que serão propostos os arranjos sociais. Mas não é só isso que se é proposto como razoável. Sim, para ser razoável é necessária uma proposição de termos equitativos de cooperação e a predisposição para cumpri-los, mas além disso é necessário ter “disposição de

19 RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução: Álvaro de Vita. Edição ampliada. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Página 59.

reconhecer os limites da capacidade de juízo e de aceitar suas consequências para o uso da razão pública. »²⁰

O que se quer dizer com isso é que temos limites ao nosso pensamento. Assim como a ciência nos informou de seus limites em localizar um elétron dentro de um átomo (podendo saber sua localização ou velocidade, e nunca os dois), precisamos admitir que nossa capacidade de raciocinar possui limites. A ideia iluminista, de que fornecidas as informações necessárias, pessoas razoáveis após raciocínio chegariam às mesmas conclusões não subsiste. É possível que com o mesmo acesso a informações, racionando da forma razoável como propomos, diferentes pessoas cheguem a diferentes conclusões. Esses são os limites da capacidade de juízo, e constituem o aspecto mais importante da necessidade de tolerância. A tolerância não deve existir por que sei que o outro é errado, mas não tenho predisposição de mudar sua opinião ou o considero inapto para um raciocínio adequado, mas sim por que entendo que existem limites à capacidade de juízo dos seres humanos, que fornecidos os mesmos dados a pessoas com semelhante capacidade de raciocínio, pode-se chegar a diferentes conclusões. Aceitar esses limites é fundamental para o conceito de razoável que é proposto.

Entender que pessoas podem divergir de opinião, sem deixar de serem razoáveis, é a base da estabilidade e tolerância que se almeja em uma sociedade democrática. Rawls elenca seis exemplos²¹ de por que podemos (nós, seres humanos), razoavelmente, pensar diferente: podemos avaliar diferentemente as evidências; podemos dar pesos relativos a considerações com que ambos concordamos; a subjetividade da interpretação de nossos conceitos morais e políticos; a diferenciação de nossas experiência de vida, que de um modo ainda não completamente conhecido influenciam nossas decisões; a impossibilidade de nos vermos exatamente como a pessoa que confrontamos, não sendo possível uma análise global da questão; e a dificuldade da escolha entre princípios que aceitamos como verdadeiros, mas estão em conflito.

Quando afirmei então, que a noção de razões públicas limita o espaço argumentativo deliberativo para alegações que possam ser aceitas razoavelmente pela maioria dos cidadãos,

20 Ibidem. Página 65.

21 Ibidem. Página 67.

devo incluir que esses cidadãos devem ser também razoáveis. E explico que essa razoabilidade deve ter essas duas características:

1. Deve ser fruto de um acordo de cooperação livre e equitativo, que todas as partes tenham intenção de cumprir, e todas as partes se vislumbrem na situação do outro verificando que existem vantagens (ainda que não pessoas, mas desejáveis).
2. As partes desse acordo devem reconhecer os limites à capacidade de juízo delas próprias e dos outros, e aceitar os resultados que possam vir desses limites, vislumbrando que existem outras formas de raciocinar razoáveis além da sua.

Aceitar os resultados dos limites da capacidade de juízo significa aceitar “restrições àquilo que pode razoavelmente ser justificado a outros, e por isso, subscrevem alguma forma de liberdade de consciência e a liberdade de pensamento”²². Significa assim, entender que participar de um sistema social de cooperação pode levar a resultados que não são exatamente os que compartilhamos, mas que nem por isso deixam de ser razoáveis, e, além disso, rejeitar a ideia de oprimir o outro com o que eu considero como verdadeiro, mesmo que seja razoável, por admitir que podem existir outras posições razoáveis.

vi. Objeções iniciais.

Antes de me aprofundar nas questões levantadas, que geram inúmeras dúvidas e espaços a serem preenchidos, procurarei abordar as principais objeções levantadas sobre as questões básicas exploradas, para que se possa sedimentar, ainda que minimamente, o que já abordei, e se possa abordar outros temas, que terão como pressuposto o que já foi discutido.

Uma das críticas tem a ver justamente com o conceito de razoável que abordei, por ser considerado muito aberto, ou subjetivo, ou insuficientemente claro. É importante notar que cada acepção de razoável possui uma semântica própria, dependendo do substantivo que ela qualifica: pessoa razoável, proposição razoável, doutrina razoável, etc. Assim, a ideia de pessoa razoável possui uma delimitação, diferente da de proposição razoável, e diferente do que ainda será apresentado como doutrina razoável. Todos esses conceitos possuem uma

22 Ibidem. Página 73.

ligação a partir da ideia de razoabilidade, mas todos possuem características próprias, que os delimitam. Abordarei esse tema novamente mais à frente do trabalho, mas não os vejo agora como impedimentos à inteligibilidade da doutrina de Rawls.

Corroborando essa crítica, introduz-se o problema da intuição na noção do que é moral. O conceito de razoável não possui bases objetivas, mas se delimita muitas vezes pela intuição moral das pessoas. Quando é introduzida a noção de limites à capacidade de juízo, penso que afastado de algum modo tal objeção. A própria doutrina admite os limites ao raciocínio humano, e não se pretende pressupor pontos objetivos absolutos de moral, por admitir não serem verossímeis à capacidade humana. Busca-se assim estabelecer uma moral procedimental, com o objetivo de chegar a resultados justos não pré-determinados.

Outra coisa que se retirou do texto, talvez por falta de clareza do próprio autor, foi em relação a aplicação das razões públicas. Entendeu-se que as razões não públicas seriam proibidas nos debates, construindo uma estrutura utópica na qual as pessoas seriam cerceadas de liberdade de expressão em prol da aplicação exclusiva das razões públicas. Isso, para Gargarella resultaria em dois principais inconvenientes: “elaborar um sistema institucional capaz de estimular a (...) estratégia de evitação”; e “as dificuldades para motivar e instruir os indivíduos de tal modo que, em sua ação pública, comecem a separar o pessoal do público”²³.

Parece que não foi isso que Rawls tinha em mente quando elaborou sua noção de razões públicas. Em seu último trabalho²⁴ ele procura esclarecer isso, afirmando que as pessoas poderão se expressar livremente, utilizando de razões públicas e de particulares. No entanto, não seria justo buscar uma norma que não pudesse ser apoiada por razões públicas, pois tal norma seria irrazoável às demais pessoas. Assim, o que é proposto não é uma limitação a capacidade argumentativa, mas sim, uma limitação ao que pode ser proposto em um fórum público, já que não são aceitas, com base no liberalismo político, proposições irrazoáveis. E uma proposição que só pode ser apoiada por razões particulares será uma posição indefensável para a teoria. De outra forma, podemos discorrer que ainda que a razão principal para que determinado grupo apoie uma lei seja oriunda de uma motivação particular, este grupo deve vislumbrar uma forma argumentativa pública para defender tal legislação, o

23 GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Página 243.

24 RAWLS, John. The Idea of Public Reason Revisited: Tradução nossa. Chicago Law Review, Vol. 64, No. 3 (Summer, 1997).

que significaria que ela estaria de acordo com a razoabilidade. Sem isso, a proposta de tal grupo seria irrazoável, e não deveria ser aceita. Voltarei a este ponto mais detalhadamente no capítulo III, quando buscarei mostrar como este esquema poderia funcionar em uma corte suprema.

Por último, gostaria de mencionar mais uma objeção ao exposto por Rawls, e acho que essa verdadeiramente não se trata de um mal-entendido ou falta de clareza de sua doutrina, mas de uma objeção ao seu modo de pensar. Essa crítica ataca o limite de deliberação das razões públicas estabelecido como o das questões básicas de justiça política, entendendo, que a discussão pública e seus limites devem ir além dessas questões “até alcançar áreas situadas muito mais além das questões constitucionais básicas”²⁵. Apesar disso, essa crítica não se concentra na validade do que é proposto, mas na abrangência das deliberações quantitativas puras de uma sociedade democrática, e na forma dos mecanismos de poder de suas instituições. Voltarei a essa questão no terceiro capítulo, quando tentarei fazer um paralelo entre as instituições existentes e o proposto por Rawls.

Elencadas essas objeções iniciais, espero ter afastado momentaneamente qualquer tipo de rejeição prévia pelas razões expostas e passo a trabalhar a segunda questão fundamental de Rawls neste trabalho: sua noção de consenso sobreposto.

25 Ibidem. Página 241.

III. CAPÍTULO 2: CONSENSO SOBREPOSTO.

i. Doutrinas abrangentes razoáveis.

Até agora delimitamos as bases materiais de uma doutrina moral política baseada na equidade, e a forma procedimental de chegada a decisões por uma sociedade caracterizada pelo pluralismo de concepções morais. Agora, vamos trabalhar acerca de que tipo de sociedade e que tipos de doutrinas morais são essas, e de que forma elas poderão chegar a um consenso para um exercício justo da democracia.

Primeiro, devo explicar melhor o que é entendido como doutrina abrangente nas obras de Rawls, que tantas vezes usa essa expressão. Uma doutrina moral é abrangente quando regula todos os aspectos de bem relacionados às atividades humanas. Ela delimita os caminhos de ser justo para todas as esferas de vida: pessoal, profissional e política. Podemos citar como um fácil exemplo, o catolicismo. Uma pessoa católica para ser uma boa pessoa nesta concepção, deve observar os ditames católicos em todos os seus aspectos de vida, e não há restrições em relação às quais esses princípios não se aplicariam. Ela molda verdadeiramente uma visão de mundo, uma forma de enxergar como devemos ser enquanto boas pessoas, ou pessoas morais.

Ao contrário, uma doutrina não é abrangente quando não aborda todos os aspectos de vida de uma pessoa. Ela possui limites a esferas específicas da vida delas. Poderíamos dizer que um juramento ético de determinada profissão seria uma concepção moral não abrangente, pois se limita a um aspecto de vida da pessoa. Também se enquadra nessa categoria a proposta de Rawls, que se limita aos assuntos políticos fundamentais de uma sociedade.

Temos, portanto, doutrinas abrangentes e não abrangentes coexistindo nas sociedades plurais da atualidade. Mas são as doutrinas abrangentes, que estabelecem parâmetros morais amplos, o foco da questão. Como essas doutrinas podem verdadeiramente conviver e avançar em questões político- morais se possuem, por vezes, visões antagônicas de mundo? Bom,

Rawls vai afirmar que nem todas elas serão capazes disso, mas somente aquelas doutrinas, que, outra vez, se encontrem no espectro do razoável.

O que se quer dizer com isso é que existem dois tipos de doutrinas abrangentes: as razoáveis e as não razoáveis. As razoáveis serão aquelas que nos interessam, pois se enquadram na possibilidade de convívio com uma razão política democrática. Já as não razoáveis só convivem em sociedade por meros fatores circunstanciais, e não se adequam a uma lógica democrática plural.

Ao se definir as doutrinas abrangentes razoáveis é preciso ter cuidado para não excluir aquelas doutrinas com as quais não compartilhamos, mas nem por isso deixam de ser razoáveis. Dessa forma, o que caracteriza uma doutrina como razoável ou não deve ser amplo o suficiente para excluir somente aquelas incompatíveis com o que almejamos em uma democracia:

O liberalismo político considera razoáveis muitas das doutrinas conhecidas e tradicionais – religiosas, filosóficas e morais -, ainda que não possamos considerá-las seriamente para nós mesmos [as doutrinas abrangentes], por julgarmos que conferem peso excessivo a alguns valores e não reconhecem a importância de outros.²⁶

Ou seja, devem ser consideradas como irrazoáveis somente aquelas que negam o princípio da reciprocidade e os limites da capacidade de juízo, tendo por objetivo submeter todos à sua concepção de verdade. “O requerimento básico é que uma doutrina razoável aceite o regime democrático constitucional e a sua ideia correlata de legitimidade legal.”²⁷ Doutrinas razoáveis, portanto, são aquelas que aceitam a liberdade de escolha das pessoas, considerando-as como seres livres e independentes, dotados de autonomia, e entendem assim que não podem forçar toda uma sociedade a seguir seus preceitos. Aceitar isso é essencial para a construção de uma sociedade justa, e, quanto mais uma doutrina se afasta desses critérios, maior sua rejeição por um sistema democrático liberal. O liberalismo político, lhe é, portanto, um adversário.

26 RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. Edição ampliada. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Página 71.

27 RAWLS, John. **The Idea of Public Reason Revisited**: Tradução nossa. *Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 3 (Summer, 1997). Página 766.

É claro que em uma sociedade não existem somente doutrinas razoáveis. Mas o modelo proposto se adequa a uma concepção ideal de sociedade na qual as doutrinas razoáveis tenham o domínio. O limite da teoria de Rawls se desenha na fronteira das doutrinas não razoáveis, para as quais as proposições filosóficas de uma teoria de tolerância são inócuas e até indesejáveis. Essas doutrinas são inimigas de democracia e de pessoas razoáveis como o autor adverte:

É claro que, doutrinas fundamentalistas religiosas autocráticas e ditadores irão rejeitar as ideias de razões públicas e da democracia deliberativa. Eles irão dizer que a democracia leva a uma cultura contrária à sua religião, ou que nega os valores que somente a autocracia ou a ditadura podem assegurar. Nós simplesmente dizemos que tal doutrina é politicamente irrazoável. Dentro das ideias do liberalismo político nada mais precisa ser dito.²⁸

Assim, teremos com base nessa definição dois tipos de pluralismo. Um pluralismo real, que congregue doutrinas razoáveis e irrazoáveis, e que terá tanto mais aplicabilidade do proposto quanto maior for o poder de controle daquelas doutrinas. E um outro pluralismo, exercício da abstração, composto somente por doutrinas razoáveis, que nos será útil a conjecturas futuras, que chamar-se-á pluralismo razoável. É esse aspecto que passaremos a desenvolver.

ii. O pluralismo razoável.

Rawls começa entendendo o conceito de uma sociedade bem ordenada como aquela que possui uma concepção política única compartilhada por todos seus cidadãos. Como vimos, esse tipo de concepção levava à inaplicabilidade da doutrina de modo sério nas sociedades existentes, posto a observação das múltiplas concepções morais abrangentes de seus membros.

A partir desse ponto, ele então aprimora (ou esclarece) o verdadeiro objeto de suas ideias: o estabelecimento de modelo político procedimental de justiça. Observando uma sociedade livre e duradoura, Rawls entende que o resultado natural da razão prática das pessoas é o pluralismo, e não há como existir uma única concepção de bem triunfante. A menos que essa concepção possuísse bases alheias à liberdade política: “a única forma de

28 Ibidem. Página 806.

garantir o permanente respaldo geral a uma dessas doutrinas abrangentes é por meio do uso opressivo da força estatal.”²⁹

Assim, a conclusão é que “nenhuma doutrina abrangente é apropriada como concepção política para um regime constitucional”³⁰, ainda que seja uma concepção entendida como altamente liberal, ainda que seja uma concepção utilitarista ou comunitarista. Isso não significa que essas doutrinas não possam ser razoáveis e até que possam ser adotadas pela maioria das pessoas de uma sociedade, mas significa, que mesmo nesse caso, não é possível que todas as pessoas sejam submetidas aos seus preceitos.

Chegamos então ao nosso modelo de sociedade. Para fins abstratos, Rawls deixa de lado a questão migratória, com o intuito de evitar a problemática da escolha/direito ao ingresso em uma outra sociedade. Nessa concepção, o ingresso das pessoas ocorre com o nascimento, e a saída com a morte, não havendo voluntariedade.

Também o monopólio do poder coercitivo é do estado. Note-se que até agora a descrição dessa sociedade se aplica à maioria das pessoas. Não podemos escolher entrar em nossa sociedade, ou viver fora dela, assim como nos submetemos à força estatal quando discordamos dela. Nesse molde básico de regime constitucional, quem define, em última instância, quais são as regras que devemos seguir é a representação da coletividade de seus membros. E mesmo aqueles que não aceitem suas razões são vistos obrigados a agir em conformidade a ela.

Tem-se, nessa descrição, a problemática básica da justiça política para cidadãos razoáveis: de que modo pode ser justo submeter outro a minha vontade quando quero preservá-lo com um status de liberdade e autonomia, entendendo-o como uma pessoa razoável e racional? Para o conceito de uma pessoa não razoável, não haveria problema algum na lógica social, já que tenho por vontade submeter o outro ao que acho correto, e não considero que o outro possa ter uma diferente e ainda válida concepção abrangente. Mas o conceito de

29 GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. Página 227.

30 RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. Edição ampliada. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Página 159.

pessoa razoável, pelo qual entendemos que a maioria das pessoas que se intitulam tolerantes se adequam, restringe isso ao aceitar os limites a capacidade de juízo.

Em outros termos, à luz de que princípios e ideais devemos, como cidadãos livres e iguais, ser capazes de nos perceber no exercício desse poder, se o que queremos é que esse nosso exercício seja justificável a outros e respeite o status dos outros cidadãos de pessoas razoáveis e racionais?³¹

Já vimos parte desta reposta, duas questões básicas que precisamos conectar. A primeira é que para que possamos realizar isso, é preciso que tenhamos por base o princípio da reciprocidade, aquele que nos informa que os princípios básicos de uma sociedade devem poder ser aceitos razoavelmente por todos seus cidadãos.

A segunda é que na existência das controvérsias, os argumentos que devem ser aceitos como justos são aqueles que recorrem a valores políticos, e não aqueles oriundos de concepções abrangentes particulares, ou seja, valores de razões públicas. E um tipo desses valores pode ser aquele que vai recorrer às abstrações da posição original para verificar sua equidade e generalidade.

Essa é a ideia de justiça política trabalhada até aqui. A legitimidade moral de determinada lei que é cogente a todos deve estar apoiada em duas características: deve atender ao critério da reciprocidade e deve ser apoiada por razões públicas. Vamos agora verificar como uma sociedade pode alcançar esse estado, através de um consenso sobreposto, e se tal forma possui estabilidade necessária para se manter sem apoio de uma força coercitiva ou arranjos específicos de poderes sazonais.

iii. O consenso sobreposto.

As concepções de justiça podem ser divididas em mais dois grupos. Em um estão as concepções que consideram que há um tipo de concepção de bem correta e possível, e que uma sociedade deve evoluir para aceitar generalizadamente esta concepção de bem. Podemos incluir nesse grupo as concepções de Platão, Maquiavel, São Tomas de Aquino e Bentham

31 Ibidem. Página 161.

por exemplo. O objetivo dessas concepções “consiste, portanto, em determinar a natureza e o conteúdo dessa concepção de bem”³².

Em oposição, teorias como o liberalismo político não escolhem uma concepção de bem específica, mas buscam fundamentar o conceito de justiça em uma forma eminentemente procedimental. Colocam dessa forma o justo com prioridade em relação ao bem, abrindo mão da afirmação de uma *verdade* para buscar algo que consideram dentro de um espectro de aceitabilidade perante critérios de justiça.

Decorre disso que para Rawls não se atinge uma sociedade bem organizada a partir de uma única visão moral, ainda que seja a proposta por ele mesmo, mas, se atinge uma organização justa de Estado quando há a formação de um consenso de doutrinas razoáveis em torno de uma ou mais filosofias políticas, as quais apoiam uma constituição democrática cujos princípios básicos atendem ao critério da reciprocidade, estado o qual ele chamou de consenso sobreposto.

Retornando ao exemplo dos protestantes e católicos, a tolerância deles atenderia ao critério de justiça exposto se fosse baseada no entendimento de que a liberdade religiosa atende ao critério da reciprocidade, e que eliminar uma outra concepção religiosa não seria razoável. A questão não reside mais na falta de poder militar, político ou econômico, e sim a um consenso do que pode ser considerado justo em uma plataforma política, o que garante a perenidade da doutrina, ainda que os arranjos de força internos da sociedade se alterem.

Esse modelo de sociedade, ainda que possa ser justo, pode parecer muito irreal. Para isso, Rawls propõe uma das possíveis formas que vislumbra como tal consenso seria formado, buscando afastar com isso a taxatividade utópica de sua doutrina. O que é proposto é um desenvolvimento de um consenso sobreposto em uma sociedade através de um consenso constitucional.

O estado de consenso constitucional proposto “limita-se somente aos procedimentos políticos de um governo democrático”³³. Ou seja, estabelece as regras dos procedimentos

32 Ibidem. Página 159.

33 Ibidem. Página 188.

eleitorais, abarcando o direito de voto, liberdade de expressão e associação política, mas não delimita precisamente os direitos materiais existentes, já que ainda persiste controversa acerca de tais limites.

Esse consenso poderá ser formado a partir de um *modus vivendi*. Volto ao caso dos católicos *versus* protestantes. Imaginemos que tenha sido estabelecida uma Constituição garantindo o direito da liberdade religiosa, com o objetivo de dar fim ao derramamento de sangue existente, mas sem ainda que as doutrinas abrangentes conflitantes aceitem a existência de sua adversária, somente lhes suportando pelas condições fáticas existentes. Podemos supor que esses cidadãos (ainda que não todos) “apreciem o bem que esses princípios propiciam, tanto para eles próprios quanto para aquelas pessoas com quem se preocupam, assim como para a sociedade em geral, para então afirmá-los com base nisso”³⁴. Percebendo o resultado positivo da aplicação de tal princípio político (a liberdade religiosa), pode ser que esses cidadãos mesmo quando sejam instados por suas doutrinas a oprimir seus dissidentes, neguem essa proposta com o fim de manter a paz social, por já poderem enxergar o valor da liberdade religiosa como tendo um fim em si mesmo, nesse exemplo, o fim das hostilidades. Dividem assim suas visões, mantendo uma doutrina abrangente pessoal, mas buscando uma visão política dissociada para a vida em comunidade.

Ao longo do tempo, esse princípio pode passar a ganhar o conteúdo de um direito fundamental, quando seu apoio se torna tão generalizado que ele se torna indisponível. Ou seja, ele pode ser retirado da agenda política, ganhando uma prioridade especial na lista de direitos, e provendo, dessa forma, segurança jurídica aos riscos de uma disputa política. Ambas as partes sabem que, independentemente do resultado das deliberações políticas, nesse arranjo social existente, o direito à liberdade religiosa estaria garantido, como base dos arranjos políticos. Caso contrário, em toda disputa política a estabilidade de tal regime seria ameaçada, e nesse cenário, é provável que nenhum dos atores políticos que almejasse isso (ser contrário a liberdade religiosa) receberia apoio ao ser contraposto com os riscos de hostilidade e perigo da vida pública.

A partir disso, ambas as partes passariam a justificar tal direito de modo que as duas os pudessem aceitar. Ou seja, a tolerância não seria justificada a partir de preceitos católicos ou

34 Ibidem. Página 189.

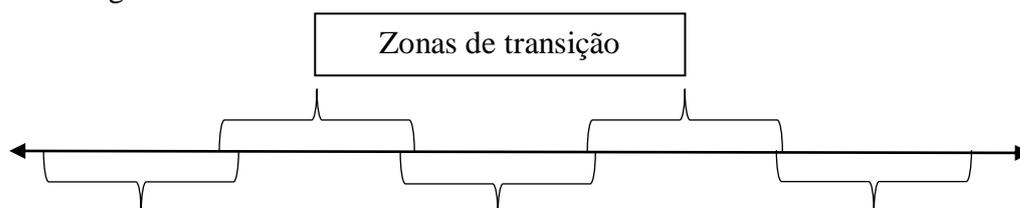
protestantes, mas a partir, por exemplo, da manutenção da paz social. Esse argumento atende a critérios de raciocínio disponíveis para ambas as partes, e ambas as podem endossar o princípio com base nele, e dialogarem, buscando delimitar seu conteúdo.

A partir desses dois pressupostos, a incorporação dos princípios básicos liberais à Constituição e a sua justificação a partir de razões públicas, chegamos a um estado social, que se prolongado, tenderia a demonstrar os benefícios da cooperação a seus cidadãos em termos de vida política. Seus membros, acreditando que esses princípios políticos positivados são justos, reconhecidos e aplicados, passam a aumentar seu nível de confiança nessas instituições políticas, gerando o estado de consenso constitucional:

Em conclusão, no primeiro estágio do consenso constitucional, os princípios liberais de justiça, que inicialmente são aceitos de modo relutante como um *modus vivendi* e são incorporados em uma Constituição, tendem a alterar as doutrinas abrangentes dos cidadãos, de maneira que estes possam aceitar pelo menos os princípios de uma Constituição liberal. Esses princípios garantem certos direitos e liberdades fundamentais e estabelecem procedimentos democráticos para moderar a disputa política e solucionar questões de política pública. Nessa medida, as visões abrangentes dos cidadãos se tornam razoáveis, se é que já não eram antes. O simples pluralismo se transforma em um pluralismo razoável e, deste modo, alcança-se o consenso constitucional.³⁵

Esse consenso constitucional poderá então passar a um consenso sobreposto, na medida em que seu leque de direitos se amplia e a adesão voluntária de suas instituições se aprofunda. Assim, não devemos entender esses dois estágios como pontos diferentes a serem alcançados, mas sim como espectros de uma mesma linha, na qual uma Constituição de mero *modus vivendi* se encontra em uma ponta, e o consenso sobreposto se encontra em outra, com o consenso constitucional no meio. Quanto menor a variação das pessoas sobre o conceito de justo em relação à moral política, maior a aproximação com o lado direito desta curva. De forma gráfica, materializo a ideia:

Figura 1:



³⁵ Ibidem. Página 193.

<i>Modus vivendi</i>	Consenso Constitucional	Consenso sobreposto
----------------------	-------------------------	---------------------

Esse consenso se aprofundará na medida que os atores políticos necessitem angariar adeptos além de seus círculos sociais estreitos delimitados por seus ideais abrangentes. Ao buscar isso, precisam se apoiar em argumentos que podem ser compartilhados por todos, necessitando, para tanto, de concepções políticas de justiça. Concepções essas, que quanto maior a discussão e fixação de seus princípios, tendem a se afunilar num restrito número de doutrinas liberais, gerando, um consenso cada vez maior.

Além disso, nesse sistema, o controle de constitucionalidade das leis feito pelos juízes necessitará de uma base de justiça na qual apoie a interpretação de seus valores e princípios. Estes não poderão apelar a suas razões particulares, sob pena da parcialidade e deverão desenvolver um ideal de justiça política dentro do espectro permitido pela razoabilidade para apoiar suas decisões. Voltarei a esse ponto no futuro, mas o cito agora para afirmar que esses dois aspectos trarão um aprofundamento que permitirá a transição do consenso constitucional.

Quanto à amplitude de tal consenso, passado o momento de instabilidade social, verificar-se-á que normas puramente políticas e procedimentais não são suficientes para uma sociedade que quer ser entendida como um sistema equitativo de cooperação social, e para pessoas que querem ser entendidas como livres e iguais. É preciso ampliar os direitos constitucionais incluindo entre outros a liberdade geral de consciência, de associação e de locomoção, além da garantia de asseguramento das necessidades básicas que todos seus membros, sem as quais seriam excluídos de fato desta sociedade.

A ideia de um consenso sobreposto não define como deve ser realizada uma política de distribuição de renda de modo absoluto. O desenvolver político sob seu bojo o fará. Mas ela traz limites a um mínimo de elementos essenciais, sem os quais uma pessoa não pode ser considerada nem como membro de uma sociedade. “O fundamento constitucional em questão é que, abaixo de certo nível de bem-estar material e social, de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, muito menos como cidadãos iguais”.³⁶ Assim, a distribuição de renda não é justificada por uma consideração de

36 Ibidem. Página 197.

bem específica, mas tão somente na necessidade de incluir todas as pessoas na vida social, como livres e iguais. E esse ponto por si só, necessitará de um mínimo de proteção social.

iv. A questão da estabilidade

Como já mencionei, uma doutrina política que se diga factível (não utópica), precisa conter características que demonstrem sua possibilidade de aplicação em uma sociedade existente. Já analisei o que Rawls propõe para o desenvolvimento de um consenso sobreposto em uma sociedade, a partir da evolução de um *modus vivendi*. Agora, é preciso dizer como esse consenso sobreposto funcionaria para que garantisse uma união social estável.

Duas seriam as questões. A primeira seria em torno das razões pelas quais os cidadãos de determinada sociedade seriam razoáveis, e procurariam ser morais buscando resultados justos das deliberações democráticas. Ou seja, mesmo que tivéssemos instituições justas, qual é o motivo pelo qual os membros dessa sociedade com visões abrangentes diferentes as obedeceriam, ainda mais quando o resultado dessa obediência lhes fosse desfavorável.

Para respondê-la será necessário a formulação de uma psicologia moral “de acordo com a qual os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada adquirem um senso de justiça que em geral é suficiente para que eles cumpram as exigências de suas instituições justas”.³⁷ Ou seja, suponho nesse ponto que em determinada sociedade, na qual as pessoas crescem sob instituições que entendem justas, e sobre as quais eles supõem que os outros entendam justas, será natural o desenvolvimento de um senso moral que lhes propulse a buscar resultados justos, entendendo que por vezes tais resultados podem ser contrários a seus interesses imediatos. Entendem isso porque acreditam que, no desenvolvimento democrático, o espectro de razoabilidade das decisões pode ser mais amplo do que o de suas concepções morais particulares, e o objetivo mediato de possuir instituições políticas razoáveis e estáveis se sobrepõe aos interesses imediatos de ver sua visão moral triunfar na disputa política. Esse desenvolvimento foi sintetizado por Rawls em três estágios:

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

37 Ibidem. Página 166.

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

Terceira lei: dado que a capacidade de solidariedade das pessoas foi constituída por meio da criação de laços em conformidade com as duas primeiras leis, e já que as instituições da sociedade são justas e publicamente conhecidas por todos como justas, então essa pessoa adquire o senso de justiça correspondente ao reconhecer que ela e aquelas com quem se preocupa são beneficiárias desses arranjos.³⁸

A segunda questão é se em uma sociedade democrática plural pode haver um consenso sobre a concepção política a ser adotada. Já afirmei que, para o liberalismo político, essa resposta é afirmativa. Na medida em que as pessoas passam a notar os benefícios de uma concepção política dissociada de suas concepções abrangentes conflitantes, e estão imbuídas de um senso moral que as estimula a realizar proposições razoáveis aos outros, chegamos a um estágio de consenso sobreposto. Ainda que não seja provável que uma única doutrina política seja escolhida por uma sociedade, nesse cenário, uma gama estreita de doutrinas que satisfazem esses critérios se alternariam como bases de decisão.

Atendidas essas duas questões, a estabilidade seria alcançada. Vê-se com isso que a estabilidade proposta não advém de métodos de persuasão estatais ou de formas de cumprimento coercitivo de normas. Esta, ainda que fosse talvez perene, não é o tipo de justificação que se busca. Seria uma estabilidade por razões erradas. Para que uma doutrina política, como a justiça como equidade, possa ser dotada de estabilidade ela deve:

(...) conquistar apoio para si própria apelando à razão de cada cidadão e do modo como isso é explicado dentro de sua própria estrutura analítica. **Somente assim ela poderá consistir em uma interpretação da legitimidade da autoridade política, em oposição a uma interpretação sobre como aqueles que detêm o poder político podem persuadir a si próprios, e não aos cidadãos em geral, de que estão agindo da forma apropriada.** Uma concepção de legitimidade política tem por objetivo identificar uma base pública de justificação e apela à razão pública e, por conseguinte, a cidadãos livres e iguais, percebidos como razoáveis e racionais (grifo nosso).³⁹

Nesse estágio social de consenso sobreposto, teríamos, como visto, uma estabilidade pelas razões certas, e independente de arranjos de poder específicos.

38 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 4ª edição revisada. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Página 605.

39 RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. Edição ampliada. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Página 169.

Resta-me apontar agora algumas críticas a esses pontos, aprofundando alguns pontos, e a partir disso, começar a discorrer sobre como/se essas noções podem ser aplicadas pelos tribunais superiores como bases analíticas filosóficas de justiça, que delimitarão os resultados do que é justo em questões político-constitucionais básicas para nossa sociedade.

v. Sobre a justificação e outras problemáticas.

Ainda sobre a questão de qual seria o motivo pelo qual as pessoas apoiariam uma concepção política de justiça diferente de suas concepções abrangentes, Rawls não fornece como resposta somente o que se poderia defender como uma razão pública, tal como a paz pública, a segurança social ou os limites à capacidade de juízo. É clara a suposição de que as pessoas teriam em mente esses valores ao defender a ideia de um consenso sobreposto. Mas além disso, cada pessoa pode ter uma justificativa coerente com sua própria visão particular.

Assim, digamos que em determinada doutrina religiosa seja entendido que a liberdade religiosa deve ser defendida, pois deus forneceu livre-arbítrio às pessoas, e cabe a elas escolherem ou não seguir sua doutrina religiosa. Esse tipo de argumento não está em oposição aos argumentos baseados em razões públicas, mas o fortalece na medida em que assimila a coexistência entre a doutrina abrangente e a doutrina política. Tal tipo de argumento é útil também para abrir o leque de doutrinas consideradas razoáveis, na medida em que a doutrina não precisa abdicar de sua reivindicação da verdade, ou ser demasiadamente aberta para se enquadrar como tal.

Assim, a justificação subjetiva para o apoio a uma concepção política de justiça independente não se sustenta somente em razões políticas, como as razões públicas que abordamos. Mas pode restar em qualquer tipo de razões, mesmo que se apliquem somente aquela doutrina abrangente:

Nesse caso, nós raciocinamos a partir do que acreditamos, ou conjecturamos, que seriam as doutrinas de outras pessoas, sejam religiosas ou filosóficas, e buscamos mostrar a elas que, a despeito do que elas possam achar, elas podem ainda apoiar uma razoável concepção política de justiça.⁴⁰

40 RAWLS, John. **The Idea of Public Reason Revisited**: Tradução nossa. *Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 3 (Summer, 1997). Página 783.

Essas doutrinas também não precisam abrir mão de suas ideias nos debates políticos, desde que, como já vimos, as endossem com razões públicas. O que se propõe não é uma restrição ao caráter argumentativo em questões básicas da organização política social, ou uma restrição a crenças de determinadas doutrinas. O que se propõe é que, em sociedade plurais, deve haver um limite ao que se propõe, e esse limite deve ser o razoável. Não se pode propor algo que não se pode esperar que outra pessoa, igualmente livre e igual, razoavelmente possa aceitar. Rawls chamará isso de *the proviso*, o que podemos entender como uma cláusula que deve ser respeitada para a busca de um resultado justo nestas deliberações.

Isso não se opõe a que sejam demonstradas as razões particulares pelas quais tal proposta é apoiada. Pelo contrário, tal exposição é motivada na medida em que ajuda a clarificar os interesses de diferentes grupos, trazendo transparência ao debate. Mas esse tipo de proposta só pode levar a resultados justos, se puder ter apoio também em argumentos públicos, e dessa forma, cumprir o critério da reciprocidade.

Vistas essas duas ideias iniciais, de razões públicas e de um consenso sobreposto, é preciso agora verificar quais consequências elas podem ter em um modelo de sociedade democrática constitucional. Além disso, buscarei demonstrar qual sua influência na delimitação dos limites da deliberação democrática e de que forma os tribunais poderiam as utilizar. Por fim, utilizarei um caso concreto para ilustrar a posição apresentada e discorrei brevemente sobre os limites de aplicabilidade do que foi proposto para nossa realidade.

IV. CAPÍTULO 3: SOBRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS.

i. O igualitarismo de Rawls e o critério da reciprocidade.

Quando se fala em justiça à luz de razões públicas, e, assim, em lei justa ou lei legítima, duas questões são essenciais. Uma é material, e é pressuposto inicial do desenvolvimento da doutrina. Outra é procedimental, e é decorrente daquela. O que se pressupõe para a doutrina do liberalismo político e cabe o destaque nesse momento é seu aspecto igualitário.

Apesar de, como visto, as ideias de Rawls terem evoluído para uma doutrina com enfoque cada vez mais procedimental, ela tem por pressuposto um aspecto material, ou uma afirmação de verdade essencial: a igualdade entre as pessoas e a proteção da sua liberdade. É pressuposto de todo o desenrolar da doutrina considerar as pessoas como seres iguais entre si, com demandas que possuam mesmos pesos morais. Todas as pessoas estão no mesmo patamar de reivindicação moral com mesmo direito a demandas para a sociedade e, já que todos são iguais entre si, não pode haver subordinação de um a outro. Não falamos aqui de uma igualdade de bens ou de renda, mas de considerar que demandas de duas pessoas diferentes devem ter o mesmo peso quando consideradas para a sociedade. A demanda do operário possui o mesmo peso da demanda do industrial em termos morais.

É através do contrato social abstrato com o recurso do véu da ignorância que podemos garantir o respeito este aspecto igualitário, ou seja, a estrutura da posição inicial decorre de considerarmos as pessoas como livres e iguais: “Que as partes estejam simetricamente situadas é uma exigência que decorre de serem entendidas como representantes de cidadãos livres e iguais que devem alcançar um acordo sob condições que são equitativas”⁴¹.

O que se desenrola disso é que não pode ser considerada razoável uma proposição que ignore este aspecto. Qualquer proposição que tenha como justificativa determinado poder econômico, político ou moral angariado que diferencia certo grupo, não pode ser considerada razoável quando se trata de aspectos básicos da justiça política.

A razão pela qual essa posição deve abstrair as contingências do mundo social e não ser afetada por elas é que as condições de um acordo equitativo sobre princípios de justiça política entre pessoas livres e iguais deve eliminar as vantagens de barganha que inevitavelmente surgem sob as instituições de fundo de qualquer sociedade, em virtude de tendências sócias, históricas e naturais cumulativas⁴².

Em resumo, temos que os princípios básicos de justiça devem ter como base a consideração das pessoas como livres e iguais, e não poderá ser considerada razoável alguma proposição que rompa com essa lógica. Este (a consideração das pessoas como livres e iguais) é o aspecto material fundamental da teoria para entendermos o que pode ser justo em questões políticas.

O outro aspecto conforme mencionei é da ordem eminentemente procedimental, ainda que decorra do primeiro. É o critério da reciprocidade que traz outra resposta de como podemos ser justos na deliberação de questões políticas: “nosso exercício do poder político é apropriado somente quando podemos com sinceridade supor que as razões que oferecemos para nossa ação política podem razoavelmente ser aceitas, como uma justificação dessas ações, por outros cidadãos.”⁴³

Ou seja, em questões fundamentais de convivência social, entendendo o outro como igual e livre, só pode ser justo aquilo que podemos considerar que seja razoável a todos os

41 RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. Edição ampliada. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Página 27.

42 Ibidem. Página 28.

43 Ibidem. Página XLIX.

participantes de determinada sociedade. Excluímos a possibilidade de estabelecermos posições desvantajosas para um grupo em prol do benefício de uma coletividade, e por isso, como abordei no início, o liberalismo político se opõe ao utilitarismo.

Já abordei o que é entendido por razoável nos pontos II.v e III.i, mas retomei esses aspectos dispersos pelo trabalho para ressaltar sua importância para o que pode ser entendido como justo. Justa será, assim, em questões políticas básicas de uma sociedade, toda proposição que, partindo do pressuposto da igualdade e liberdade entre seus membros, chegue a conclusões que são aceitáveis, em menor ou maior grau, a todos seus membros razoáveis. É a partir dessa sistematização que irei verificar como essa doutrina trabalhará com as liberdades fundamentais.

ii. A prioridade das liberdades fundamentais.

Como visto, na posição original, em condições igualitárias de deliberação, Rawls pressupõe que dois princípios seriam alcançados. O primeiro princípio se concentra na questão das liberdades fundamentais, enquanto o segundo da igualdade econômica e social. Vamos retomar esse primeiro princípio, foco deste trabalho: “Cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.”⁴⁴

O que esse princípio vai expressar é que em questões tão cruciais para a justiça política, como as liberdades fundamentais, não pode ser exigida uma restrição aos direitos dos outros a menos que esses direitos impliquem por si em uma incompatibilidade com nossas liberdades. Ou seja, a liberdade deve ser restrita na medida em que ela restringe a liberdade de outros. Essa é a base de razoabilidade que chegamos a partir do exercício de abstração da posição inicial, e assim, aquela à qual devemos utilizar como parâmetro para propor restrições a outros sem romper o critério da reciprocidade: “A proteção institucional desse âmbito de aplicação é uma condição do desenvolvimento adequado e do pleno exercício das duas faculdades morais dos cidadãos, como pessoas livres e iguais.”⁴⁵

44 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. 4ª edição revisada. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Página 17.

45 RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. Edição ampliada. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Página 352.

Assim, na organização das liberdades fundamentais em nosso texto constitucional e em sua interpretação, essa é a base de parâmetros que devemos respeitar para que tenhamos um resultado considerado como razoável para o liberalismo político. Em confronto com outras questões, tais como igualdade econômica e serviços públicos, elas possuem um status especial, possuindo peso absoluto. Ao contrário das doutrinas teleológicas, elas excluem *a priori* qualquer proposta que vise flexibilizá-las além do que se pode retirar do próprio princípio que as exprime.

Em outras palavras, somente o conflito entre as próprias liberdades pode servir de limitador a elas. E somente argumentos que remetam a esse conflito podem ser considerados razoáveis, em se tratando de liberdades fundamentais. A alegação da preservação de determinado bem não pode sobrepujar, portanto, a noção de justo. Não existiria bem maior do que o respeito à noção de justiça.

Para se clarificar essa posição em bases mais concretas, é necessário especificar o que Rawls entende por liberdades fundamentais:

(...) a liberdade de pensamento e a liberdade de consciência, as liberdades políticas e a liberdade de associação, assim como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa, e por fim, os direitos e as liberdades abarcados pela noção de Estado de direito.⁴⁶

Isso não significa que essas liberdades não possam ser reguladas para que seu exercício possa ocorrer de forma coerente em um sistema único de organização. Desde que essas regulações formais (proibição de interromper a fala do outro, reserva prévia do espaço público para debates, entre outros) não se consubstanciem em restrições ao conteúdo do discurso.

Em resumo, a estrutura constitucional proposta deve ser aquela que prioriza as liberdades fundamentais em detrimento das diversas noções de bem que podem ser almejadas pelas doutrinas abrangentes. Assim, só é possível a convivência das noções de bem com a estrutura básica de um regime democrático constitucional, na medida em que estas noções correspondam à razoabilidade defendida, ou seja, correspondam à noção de justiça proposta,

46 Ibidem. Página 346.

que considera, sobretudo, as liberdades fundamentais como possuindo um status especial sobre os outros direitos fundamentais.

Essa é a forma como entendo que as liberdades fundamentais devem ser entendidas na doutrina de Rawls, que sem dúvida, lhes garante papel de maior destaque. Isso não significa que concepções de bem não possam ser almejadas, mas sim, que estas sempre estão subordinadas aquelas.

iii. Questões políticas essenciais ou os limites da deliberação democrática.

Até agora analisei o que pode ser considerado justo à luz da doutrina de Rawls na análise de questões políticas fundamentais. Vi de que forma as questões políticas essenciais, tais como as liberdades fundamentais, devem ser deliberadas para que o resultado desta deliberação possa ser considerado justo em um estado democrático de direito eivado de um pluralismo de concepções abrangentes. Esses princípios de justiça apresentados servem, assim, para delimitar os resultados da deliberação majoritária pura e impor restrições e deveres às pessoas de maneira que possam ser considerados razoáveis.

Uso um exemplo. Imaginemos que em determinada sala de aula, em um dia razoavelmente quente, tenhamos 20 alunos, e, destes, somente dois usando casacos. Vamos supor que o professor então realize uma votação, na qual se decidirá se todos os alunos devem fazer o dever de casa, ou se somente os alunos de casaco devem fazer o dever de casa de todos⁴⁷. Parece racional aos alunos sem casaco votar a favor da segunda alternativa já que atende aos seus interesses, se supomos que sejam alunos que não desejem fazer dever de casa.

Em uma situação como esta, teríamos possivelmente o resultado de uma votação majoritária que obrigue os estudantes friorentos a realizarem o dever de casa de todos. Mas essa votação, como vimos, apesar de ser racional, não é razoável. Não é razoável porque os estudantes sem casaco sabem que não considerariam essa proposta aceitável se fossem eles que estivessem com casaco. E considerando que esses estudantes são razoáveis, ou seja, que se consideram mutuamente como livres e iguais, este é um resultado que não poderia ser aceito.

47 Devo esse exemplo à Socióloga Renata Salamone, o qual retirei de uma de suas aulas.

Ainda que a simplicidade do exemplo deixe de fora inúmeros elementos abordados, *mutatis mutandis*, é a noção por trás das razões públicas em uma sociedade plural, na qual determinada concepção moral pode em algum momento pertencer ao grupo dos estudantes com casaco, e em outro momento, ao grupo de estudantes sem casaco. Corro o risco de ser repetitivo: os limites da deliberação democrática não são os limites de meu poder político, imposto pela necessidade realizar concessões para angariar ampla maioria em uma sociedade com visões plurais de mundo, mas sim, são os limites inerentes à concepção de justiça que é defendida. Seja esta concepção a justiça como equidade, seja outra que se enquadre no espectro do consenso sobreposto.

Penso que já descrevi aproximadamente as razões pelas quais pode ser esse resultado considerado de acordo com o liberalismo político. Volto a uma questão, no entanto, que a formulo com o exemplo apresentado: por quais motivos os alunos sem casaco não escolheriam os alunos com casaco para realizar seus deveres?

Já vimos que Rawls argumenta que os cidadãos se sentirão impelidos a serem justos por razões psicológicas, à medida que se percebam em uma sociedade justa, na qual as pessoas compartilham as noções de justiça. Nessa elaboração ele justifica por que as pessoas se sentiriam confortáveis num estado democrático constitucional, e por que o apoiariam. Mas não parecem suficientemente fortes as razões psicológicas apresentadas para, no exemplo dos casacos, ou no exemplo do vendedor de água no deserto, garantir que as pessoas façam a escolha moral, enquanto seus anseios racionais lhes mostrem que o outro caminho lhes seria muito mais proveitoso. E ainda que escolhessem a alternativa razoável, não parece que há segurança de que a escolheriam em todas as deliberações.

Vamos supor então que esse grupo de alunos tenha passado por essas situações muitas vezes. Nessas muitas vezes, todos acabaram sendo prejudicados em determinado momento. Depois de certo tempo, esses alunos decidem fazer um acordo, na qual ficasse estabelecido que nenhum aluno poderia ser forçado a fazer o dever do outro. Assim, os limites das deliberações que fizessem nunca poderiam ser contrários a esse preceito. Essa, grotescamente, é a ideia da carta de direitos fundamentais de uma sociedade, ainda que esse acordo possa nunca ter sido formado de modo tão claro, a abstração serve para mostrar se este está de acordo com os preceitos de justiça defendidos ou não.

Portanto, seria o papel da constituição de determinado país a proteção das liberdades fundamentais de acordo com os preceitos de justiça daquela sociedade. Por conseguinte, num regime constitucional em que há controle judicial de constitucionalidade, seria de seu tribunal constitucional (ou de algum outro tribunal com funções análogas) o papel de trazer a representação argumentativa das razões públicas às deliberações sobre as questões políticas essenciais. Ainda que os alunos no exemplo inicial pudessem vislumbrar como injusta sua escolha (de obrigar o colega a fazer seu dever), o apelo das vantagens que obteriam poderia ser muito forte a ponto de lhes fazer ignorar seu senso moral, de forma que seria necessária uma figura que delimitasse até onde esses arranjos políticos poderiam progredir. Esta figura nos modelos de sociedade que conhecemos se encaixa no papel das cortes supremas, que terão um dever/poder fundamental em decidir em qual limite tais normas devem ser aceitas. Já vimos que para o liberalismo político de Rawls este limite é o critério da reciprocidade, que se consubstanciará na argumentação a partir de razões públicas, chave para a legitimidade democrática.

iv. A questão da legitimidade e a noção de lei legítima.

Para se entender o que pode ser considerado como norma legítima, e assim, de que formas as cortes deveriam decidir para delimitar quais proposições políticas de determinada sociedade poderiam ser consideradas aceitáveis, ou seja, quais proposições se enquadrariam no espectro de razoabilidade desejado, é preciso retomar o que se entende por legitimidade democrática. Frise-se que aqui abordaremos a noção de legitimidade com a pressuposição democrática, dessa forma já afastando outras formas de governo não democráticos.

Legitimidade se diferencia de justiça, pois pode ocorrer que uma lei seja considerada injusta, ainda que legítima, por determinados participantes de uma sociedade. É que a noção de legitimidade se aplica a estrutura geral da autoridade política, que por sua vez expressará uma quantidade diversa de normas, as quais podem ou não ser consideradas justas para determinadas pessoas. Desde que elas reconhecem a legitimidade da autoridade que as emanou, teríamos um resultado razoável no todo:

Eles [os cidadãos razoáveis] sabem que na vida política só raramente, para não dizer nunca, é de esperar que haja unanimidade com relação a uma questão fundamental, de modo que uma Constituição democrática deve incluir procedimentos de votação

por maioria ou por pluralidade de votos para tomar decisões. É desarrazoado não propor ou não aceitar quaisquer arranjos institucionais desse tipo. Vamos dizer, então, que o exercício do poder político é legítimo somente quando é exercido, em casos fundamentais, em conformidade com uma Constituição cujos elementos essenciais pode-se razoavelmente esperar que todos os cidadãos razoáveis, na condição de livres e iguais, subscrevem. **Assim, os cidadãos reconhecem a distinção familiar entre aceitar como suficientemente justa e legítima uma Constituição, com seus procedimentos para eleições limpas e maiorias legislativas, e acatar como legítima (mesmo que não a considerem justa) uma lei específica ou uma decisão em matéria específica de política pública (grifo nosso).**⁴⁸

Legitimidade, assim, é uma ideia mais fraca que a de justiça, já que impõe menos limitações aos resultados deliberativos. Lembre-se, no entanto, que não defendemos uma ideia de legitimidade meramente procedimental. O liberalismo político não pode aceitar um conceito de legitimidade meramente procedimental, pois, este poderia levar a uma situação em que mais resultados injustos do que justos são realizados.

Uma concepção meramente procedimental de legitimidade exigiria que todas as normas fossem aprovadas em um procedimento democrático aceito previamente com base em uma Constituição. Mas só isso não basta para garantir a razoabilidade de determinado regime. Acrescenta-se que essa constituição deva ser justa, ou seja, deve cumprir o critério da reciprocidade, estar apoiada em razões públicas e dar *status* especial às liberdades. Só assim, a legitimidade que advém dela pode ser tal que garanta um amplo espectro de justiça nas decisões, ainda que admitamos ser impossível que consiga garantir justiça a todos os resultados.

Dessa forma a análise de legitimidade se divide em dois pontos. Primeiro devemos considerar se a Constituição atende aos princípios do liberalismo político, sendo considerada justa dentro do espectro aceitável de variação do consenso sobreposto. Sendo essa Constituição justa, devemos verificar se a norma que lhe deriva atende efetivamente seus preceitos. Só assim podemos garantir que uma norma respeite as razões públicas.

Se os resultados deliberativos se enquadrarem dentro desse leque permissivo de possibilidades, devemos entender que é legítimo, ainda que não definitivo. Podem as forças políticas se alterarem por meio do debate, e chegarem a outro consenso posteriormente, desde que este também se enquadre nesse leque.

48 Ibidem. Página 465.

Esse é o leque que entendo que uma corte suprema que tenha por base a noção de justiça política de Rawls deve defender. Ela deve afastar as normas que se encontrem fora desse critério, ou seja, as normas que sejam irrazoáveis, mas ela também não deve se imiscuir sobre qual deve ser a norma mais razoável, posto ser esse o papel do debate democrático.

v. Como os tribunais superiores devem decidir.

O papel de uma corte constitucional (e também de muitas cortes supremas) é garantir, em última análise, que as normas de determinada sociedade não só respeitem a Constituição vigente, mas também que sejam justas. Suponho que ninguém poderia aceitar que por uma Constituição ter como norma fundamental expressa o antissemitismo, sua corte constitucional se abstivesse de julgar tal norma como inválida. Ainda que tal julgamento hipotético tivesse como argumentos a incompatibilidade com o regime democrático, por exemplo, certo é que de pano de fundo a questão da justiça aparece.

E se é essencial para uma corte constitucional em seus julgamentos possuir uma noção de justiça política, tão certo é que devemos discutir qual noção deva ser essa. O exercício deste trabalho é imaginar como o substrato teórico de Rawls serve para ser essa noção. Não buscamos aqui que a corte use sua noção de justiça para se contrapor com o legislador, mas sim que ela busque uma representação argumentativa da noção de justiça de seus cidadãos:

Um tribunal constitucional que procura respondê-la de forma séria não quer colocar sua concepção [abrangente] contra a concepção do legislador; ele aspira antes a uma representação argumentativa dos cidadãos, que se opõe à representação política desses cidadãos no parlamento.⁴⁹

A razão pública em um Estado constitucional tem em seu tribunal superior seu espaço ideal, mas não único, de representação. Isso por duas razões: uma que tem ligação com seu papel institucional e outra com a figura do julgador (im)parcial.

A primeira razão se dá porque é justamente aos tribunais superiores que foi atribuída a tarefa de controlar o que pode ser considerado justo, com base nos preceitos constitucionais, e o que não pode. Assim, quando um tribunal analise se determinada norma é constitucional ou

49 ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Página 111.

não, o que se pede dele em verdade é que verifique se aquela norma se coaduna com os princípios de justiça afirmados na carta de direitos daquela sociedade. Aceitando que o liberalismo político representa esse ideal de justiça, se torna papel do tribunal superior afirmar esse ideal perante a sociedade e garantir, mesmo em casos contra majoritários, sua observância.

A segunda razão se dá não pelo papel do tribunal em si, mas sim sobre como realizá-lo. É que, ao contrário dos representantes parlamentares do povo, os juízes e tribunais não podem nunca julgar a partir de suas concepções abrangentes de vida, mas, tão somente a partir de razões públicas. O papel institucional dos tribunais pressupõe um grau de imparcialidade, na medida em que os obriga a somente julgar a partir de razões públicas, sob pena de alijar sua própria legitimidade.

(...) a razão pública é a única que o tribunal exerce. É o único ramo dos poderes do Estado que se apresenta, de forma visível, como uma criatura dessa razão e exclusivamente dela. Os cidadãos e os legisladores podem votar de acordo com suas visões mais abrangentes quando elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica não estão em jogo. Não é preciso que justifiquem, recorrendo à razão pública, por que votam e como o fazem, nem que suas razões tenham coerência, de modo que seja possível integrá-las a uma visão constitucional coerente, que abranja toda a gama de suas decisões.⁵⁰

Assim, os tribunais possuem um duplo papel: defender um ideal de justiça política e se limitar por este ideal. Só assim ele pode cumprir seu fim institucional e ao mesmo tempo garantir a legitimidade de suas decisões. E o modo como ele expressa isso é a partir da motivação de suas decisões, que cumprem o papel de justificá-las perante a sociedade bem como também de mostrar quais são as balizas dos ideais de justiça as quais delimitam o jogo democrático.

É claro que nem todos os juízes expressarão o mesmo ideal de justiça. O liberalismo político permite uma expressão diversa de ideais, desde que estas cumpram o critério da reciprocidade, ou seja, possam ser expressas de tal forma que se possa razoavelmente esperar que todos os cidadãos, como pessoas razoáveis e racionais, subscrevam. Então, o que deve limitar a produção judiciária é sua necessidade de motivação a partir de razões públicas e o que deve impulsioná-la é seu papel de garantidor de um ideal de justiça política.

50 RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução: Álvaro de Vita. Edição ampliada. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Página 278.

Não basta, portanto, que os tribunais decidam com base em razões públicas, mas é necessário que pareçam decidir com base em razões públicas. Ou seja, é preciso que deem publicidade às suas motivações de forma que estas possam ser vislumbradas, entendidas e questionadas pela sociedade. Já que sua legitimidade se dá na medida da observância de tais critérios. Assim, quanto mais controverso for o assunto da decisão, maior deve ser a preocupação com a publicidade dos motivos da decisão através de razões públicas.

Em um estado democrático constitucional a corte suprema possui a última palavra judicial em termos de interpretação da constituição, mas não sua última interpretação. É que, na discordância com o decidido, o poder político pode realizar alterações através de emendas constitucionais, desde que estas também respeitem o princípio da reciprocidade. Ou seja, em uma sociedade que subscreva o ideal político apresentado, é possível que o poder político afirme interpretação divergente da constituição, desde que essa interpretação seja baseada também em razões públicas dentro de um espectro de razoabilidade.

A Constituição não é o que a Suprema Corte diz que é. Mais precisamente, ela é o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, por fim permitirá à Corte dizer o que é. Uma interpretação da Constituição pode impor-se à Corte por meio de emendas ou por uma maioria política duradoura (...).⁵¹

Ou seja, é possível a interferência do poder político nas decisões constitucionais, levando sua interpretação por um ou outro caminho, desde que estes caminhos estejam no espectro de razoabilidade exigido. Uma mudança fora desse espectro significaria uma ruptura com os ideais de justiça política subscritos por esta sociedade, e assim, uma ruptura constitucional. Não significaria uma emenda válida, e sim uma nova proposta de um arranjo social, uma que ou fortaleceria uma identidade com o liberalismo político ao eliminar uma corte que não estivesse obedecendo seus preceitos de legitimidade, ou que se afastasse deste ao buscar outro tipo qualquer de arranjo.

vi. Uma análise hipotética: a questão do aborto.

Sei que a noção de como os tribunais superiores devem decidir a partir dos preceitos de justiça política de Rawls deve parecer ainda como vaga. Principalmente para aqueles

51 Ibidem. Página 281.

acostumados às diretrizes objetivas da dogmática jurídica clássica. Tentarei com o exemplo de uma questão moralmente controversa mostrar de qual forma a argumentação a partir de razões públicas poderia se dar. Friso que não se trata de um escrutínio da questão, mas meramente da tentativa de demonstrar um exemplo da instrumentalidade derivada da noção de razões públicas. Passo a ela.

Analisando a questão do aborto a partir de razões públicas deve-se eliminar qualquer tipo de argumento que seja derivado de uma doutrina abrangente. Então, argumentos de que o espírito humano passa a existir a partir da concepção da vida, que são particulares a algumas doutrinas religiosas, não poderiam ser aceitos.

Além disso, descartamos os argumentos utilitaristas como razoáveis para a análise de questões básicas sociais. Com base nisso, é preciso que não defendamos também uma das posições com bases tão-somente em argumentos utilitaristas, como a ineficácia da proibição do aborto e suas consequências para a saúde pública, principalmente no tocante as condições de assepsia das clínicas de aborto ilegais para mulheres de baixa renda. É claro que em um debate público, como deve ser o de um tribunal, os argumentos consequencialistas (ou de qualquer outro tipo) não devem ser proibidos. Eles devem ser levados em conta para a formação da decisão, desde que atendam o que denominamos de *proviso*, ou seja, possam ser justificáveis com razões públicas. Dessa forma, devemos trazer os dados da realidade do aborto em um debate público, mas nossa decisão não deve ser realizada somente com base nesses dados e na busca pela maximização da utilidade, como propõe o utilitarismo.

Feito isso, penso que é possível vislumbrar a proeminência de quatro valores na questão: a vida humana, a reprodução, a igualdade entre os gêneros e a liberdade do corpo. Nenhum desses valores políticos é absoluto em si, e para cumprirmos o princípio da reciprocidade é necessária uma proposição que os concilie de forma que se possa vislumbrar como razoável para todos, a partir de razões públicas, seu desfecho.

Nesse debate idealizado poderiam surgir diversas questões. A primeira poderia se valer do marco inicial da vida, e do início da noção de pessoa para o embrião. A segunda questão poderia trazer o direito à reprodução e os mecanismos de sua realização ordenada por uma sociedade, através de um planejamento familiar por exemplo. A terceira questão traria entre outras coisas a desigualdade imposta às mulheres na sociedade e a quarta questão sobre

os limites de disposição do próprio corpo. Outros argumentos além dos elencados poderiam ser trazidos, desde que cumpridos os critérios da razão pública.

Analisando esses argumentos, parece não poder ser razoável proibir as mulheres que realizem a interrupção de sua gravidez, ao menos no primeiro trimestre de sua gestação, e a qualquer tempo na descoberta de doenças que não possibilitem sobrevivência ao feto. Se considerarmos que a proposição deve parecer razoável a pessoas razoáveis de quaisquer doutrinas abrangentes, consideradas como livres e iguais, parece ser este ao menos um núcleo mínimo necessário ao cumprimento do critério da reciprocidade, ainda que seus limites possam ir além. Compartilho assim com a visão de Rawls, ainda que ele tenha não tenha considerado o direito à liberdade do próprio corpo em sua formulação como um valor autônomo:

Acredito que qualquer equilíbrio razoável desses três valores concederá à mulher um direito devidamente qualificado de decidir se deve ou não interromper a gravidez durante o primeiro trimestre de gestação. A razão disso é que, nesse estágio inicial da gravidez, o valor político da igualdade das mulheres prevalece sobre os demais e aquele direito é necessário para dar substância e força à igualdade. (...) qualquer doutrina abrangente que leve a um equilíbrio de valores políticos que exclua aquele direito devidamente qualificado de interromper a gravidez no primeiro trimestre não é, nessa medida, razoável; e, dependendo dos pormenores de sua formulação, pode ser até mesmo cruel e opressiva se, por exemplo, chega ao ponto de negar o direito por completo, exceto nos casos de estupro e incesto.⁵²

Uma doutrina abrangente que busque excluir este direito por suas razões particulares não age de forma razoável. E, como visto, é papel da suprema corte garantir a delimitação, em questões de justiça básica, do que pode ser considerado como justo ou não à luz dos princípios de justiça de determinada sociedade. Considerando uma sociedade que tenha escolhido o caminho do liberalismo político, parece ser então que seu tribunal constitucional, em uma questão como a do aborto, deva proteger o direito de seus indivíduos dos eventuais ataques de concepções morais abrangentes.

Essa é a forma que vislumbro que a concepção de justiça de Rawls poderia ser utilizada como uma instrumentalidade adequada para ajudar a balizar os preceitos de justiça aceitáveis em uma sociedade democrática eivada do pluralismo razoável. Parece que sua formulação pode ajudar a inibir resultados opressivos, e prospectar a substância da condição dos seus cidadãos como livres e iguais.

52 Ibidem. Página 288.

vii. Os limites instrumentais da teoria.

Antes de finalizar este trabalho, é preciso tratar dos limites que a teoria apresentada possui. É preciso lembrar que um dos limites da teoria é o tipo de sociedade para a qual a noção de justiça política como entendida no consenso sobreposto pode se aplicar. Essa sociedade precisa que seus membros sejam em sua maioria pessoas razoáveis, ou ao menos que suas instituições básicas tenham sido moldadas por tais aspectos. Assim, para pessoas ou doutrinas não razoáveis, o conceito de justiça trabalhado não possui nenhum apelo, e somente serve de obstáculo para sua imposição absoluta de poder. A doutrina exposta, por mais ampla que tente ser, não busca incorporar concepções não razoáveis em seu bojo. Por óbvio, assim, uma sociedade que busque expressar uma única noção de verdade não pode ser compatível com os preceitos do liberalismo político.

A instrumentalidade de razões públicas serve para aqueles cidadãos e regimes que buscam afirmar um ideal: “(...) o ideal de cidadãos democráticos que se empenham em conduzir seus assuntos políticos em termos que têm por base valores políticos que podemos razoavelmente esperar que outros subscrevam”.⁵³

A teoria se propõe, portanto, mais como um caminho do que um destino. Aceitando o fato de que as pessoas possuem diferentes valores de bem, e diferentes concepções morais, e que estas mesmo assim desejam viver em sociedade de forma harmônica e cooperativa, promovendo o bem mútuo, vê-se necessário o compartilhamento de uma concepção de justiça política que esteja suficientemente restrita em um ideal de um consenso sobreposto. Essa concepção deve fornecer parâmetros para a busca de resultados justos em questões sociais básicas, ainda que se tenha ciência de que não serão perfeitos e por vezes levarão a resultados em áreas cinzentas de dúvidas.

Assim como Alexy, entendo que poderíamos desejar algo mais preciso, mas compartilho de sua proposta: “conhecemos o problema, possuímos um critério-guia para sua solução e podemos agora começar o discurso sobre questões concretas.”⁵⁴

53 Ibidem. Página 300.

54 ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Página 111.

O proposto acerca de razões públicas terá tanto sucesso quanto o apelo que possua para os cidadãos de uma sociedade. Ou seja, seu sucesso depende do quanto as pessoas possam se enxergar como razoáveis e em que medida isso possa significar abrir mão de suas concepções morais abrangentes em questões constitucionais essenciais. Quanto mais as pessoas possam enxergar essa visão como algo positivo, mais o consenso sobreposto poderá se fortalecer em uma sociedade. Da mesma forma, sua instrumentalidade é nula se não conseguir convencer cidadãos a serem razoáveis.

V. CONCLUSÃO

Finalizada a exposição de ideias deste trabalho, irei retomar brevemente os principais pontos abordados realizando uma retrospectiva com o intuito de sistematizar e sedimentar as conclusões às quais cheguei.

Verifiquei no primeiro capítulo que a teoria de Rawls surge como uma tentativa de resposta às teorias utilitaristas de justiça política, as quais defendem que um Estado é justo quando busca em seus atos maximizar a utilidade da sociedade. Assim, tal tipo de teoria não se preocupa com o ato em si, mas com suas consequências em relação ao aumento ou diminuição da felicidade (às vezes definida em termos de prazer), caracterizando-se como uma doutrina teleológica que define o justo a partir da noção de bem. Para o utilitarismo, portanto, é justo o que aumenta o saldo de utilidade na sociedade.

A crítica realizada reside justamente na ausência de uma noção de justo independente de sua noção de bem. Na lógica utilitarista a proteção de liberdades individuais só é realizada na medida em que esta promove o maior aumento líquido de felicidade. E já que consideramos o aumento de utilidade na sociedade como um todo, é possível que alguns

indivíduos tenham negadas determinadas proteções em prol do aumento da utilidade para outros.

Rawls acredita que nessa lógica reside uma inversão crucial de valores, e para garantir uma concepção de justiça adequada, é necessário delimitar o que é justo independentemente da noção de bem. Para isso ele utilizará da lógica contratualista. O contratualismo usado é hipotético, já que não pressupõe um acordo real, e sim usa dessa abstração para delimitar o que pode ser considerado justo. No contratualismo rawlsiano há a inclusão de um elemento crucial para sua doutrina, o véu da ignorância. O véu da ignorância imagina que os participantes desse contrato social não conhecem suas características pessoais, como classe social, idade, cor da pele, gostos e religiões, e dessa maneira busca garantir o respeito à consideração das pessoas como livres e iguais entre si, independentemente do poder de barganha que possuam no mundo concreto.

Nesse contrato social realizado sob a ótica do véu da ignorância não se busca estabelecer uma doutrina geral de justiça, e sim limita-se sua atuação a questões básicas de justiça social. A partir dessa abstração Rawls supõe que esse arranjo chegará a dois princípios básicos de justiça. Desses dois, só o primeiro tem interesse imediato em minha análise, o qual afirma que as pessoas devem ter direito ao mais extenso possível sistema de liberdades fundamentais que seja também compatível com um sistema similar para todas as pessoas. Esse princípio, portanto, estabelece as bases do proposto na teoria da justiça como equidade.

Vi também, no entanto, que analisando o fato do pluralismo de concepções morais abrangentes na sociedade, Rawls passa a reformular sua teoria para ela estar de acordo com os padrões de sociedade que conhecemos. Em uma sociedade plural, na qual os cidadãos compartilham diferentes concepções abrangentes, é irreal imaginar que todos possam compartilhar uma mesma noção de justiça, ainda que essa noção seja restrita a questões sociais básicas. Assim, para uma teoria de justiça política possuir efetividade, ela deve ser capaz de conciliar as diferentes visões de mundo presentes em uma sociedade. Rawls então busca cada vez mais afastar sua teoria de uma afirmação única da verdade sobre a justiça substantiva, e se aproximar de uma noção procedimental de justiça. Para isso fortalece seu enfoque na noção de razões públicas.

Razões públicas são aquelas razões justificáveis com base em valores políticos e se opõem a razões particulares, as quais só podem ser expressas a partir de valores de concepções morais particulares. Ou seja, razões públicas são aquelas que todos os cidadãos racionais poderiam reconhecer como válidas, ainda que possam não aceitar seu conteúdo. Como visto na questão do aborto, o apelo à proteção da vida seria uma razão pública ao passo que o apelo à proibição de um texto sagrado, pelo simples fato de ser um símbolo religioso, não.

Então, qualquer que seja a noção de justiça política expressa pelas pessoas ela deve se basear em razões públicas. Ou seja, em questões básicas de justiça não pode ocorrer a prevalência de determinada ideia que só possa ser respaldada a partir de concepções morais restritas a determinado grupo. Em se tratando de questões tão básicas, é necessário que as proposições possam ser entendidas como razoáveis, em menor ou maior grau, por todos os cidadãos razoáveis de uma sociedade, respeitando assim, o que se denominou de princípio da legitimidade. Já que, fora desse escopo, não seria legítima qualquer intervenção na vida particular dessas pessoas.

Os cidadãos razoáveis, como visto, seriam aqueles dispostos a participar de acordos de cooperação em termos equitativos e que reconhecem os limites da capacidade de juízo e aceitam suas consequências. Ou seja, aceitam que diferentes pessoas podem chegar a diferentes conclusões sobre as noções de bem para a vida, aceitam o fato de não ser justo sobrepujá-las para fazê-las se adequar a sua concepção abrangente, e assim precisam de termos justos para sua convivência em sociedade.

Os cidadãos razoáveis por suas características precisam responder à seguinte pergunta: como pode ser justo submeter o outro contra sua vontade, já que o entendo como um ser livre e igual, dotado de autonomia e liberdade, exprimindo ideias razoáveis, ainda que diferentes das minhas? E a resposta que pode garantir legitimidade a determinada proposição poderia se formular da seguinte forma: garantindo que as questões de justiça básicas da sociedade expressem o critério da legitimidade, ou seja, possam ser consideradas razoáveis por todos em maior ou menor grau, e que sua formulação e conflitos sejam resolvidos com base em razões públicas. É esse escopo limitador que deve ser respeitado para se almejar um resultado justo.

Vi também em qual tipo de sociedade essa noção poderia ser aplicada. Já mostrei a limitação das pessoas para as quais essa teoria pode parecer interessante, que é a noção de pessoa razoável. Uma pessoa irrazoável, que deseja impor sua noção de verdade a todos, não enxergará na teoria de Rawls mais do que como um empecilho a seu objetivo. Por conseguinte, em uma sociedade dominada por pessoas não razoáveis, ou doutrinas não razoáveis, que busquem adequar todos a sua noção de verdade, a noção de justiça proposta não faz sequer sentido.

O modelo ideal de sociedade então é aquela expressa pelo consenso sobreposto. Esse consenso pode ser atingido através de etapas, evoluindo de um mero *modus vivendi*, no qual os direitos de tolerância são aceitos meramente por arranjos circunstanciais, através de um consenso constitucional, no qual esses direitos são abstraídos do debate político e expressos em uma carta de direitos, até atingir um consenso sobreposto, no qual há o compartilhamento de uma noção pública de justiça por uma sociedade.

Em resumo, a partir da noção das pessoas como livres e iguais chega-se à conclusão de que em se tratando de questões tão sensíveis como os princípios básicos de justiça de uma sociedade, na qual seus cidadãos possuem múltiplas concepções morais divergentes, só se pode propor questões que garantam o critério da reciprocidade e possam ser expressas a partir de razões públicas. Para além desses limites se abre espaço para a intolerância e a opressão. Esses princípios de justiça procedimental têm aplicação ideal em uma sociedade eivada de um consenso sobreposto, no qual as diferentes pessoas compartilham uma visão de justiça política similar, que se encontra de acordo com os critérios básicos apresentados. Essa concepção de justiça política pode ser a justiça como equidade, ou qualquer outra que se encontre nesse leque permissivo.

Volto agora à pergunta formulada na introdução para servir de ponto de partida para a sistematização deste trabalho: Como os tribunais superiores devem decidir a partir do substrato teórico delimitado por John Rawls?

1. Primeiro, eles devem dar às liberdades fundamentais um *status* especial em relação às diversas noções de bem que possam ser perseguidas em uma sociedade;

2. Segundo, devem argumentar a partir de razões públicas motivando suas decisões de maneira clara, para que possam ser vislumbradas, confrontadas e aderidas pela sociedade;
3. Terceiro, devem verificar a obediência ao critério da reciprocidade nas proposições sobre questões básicas de justiça, não aceitando as que não cumpram suas exigências e;
4. Quarto, devem aceitar também os limites da capacidade de juízo e somente interferirem em decisões políticas que fujam do espectro de razoabilidade definido, ainda que considerem que outro arranjo pudesse ser mais razoável do que aquele.

Entendo que esses critérios possam não ser suficientemente claros quando aplicados a casos concretos em um tribunal. No entanto, eles servem de parâmetros a partir dos quais os juízes devem exercer suas razões. É que talvez a busca por um resultado justo não possa prescindir de determinadas questões contingentes, que precisarão ser analisadas à luz das informações reais, a partir de procedimentos de noções de justiça como o exposto.

Penso que a busca pelo justo tende mais a ser um exercício dialético infundável, como a busca de um rio pelo seu curso, do que sua chegada ao oceano. Os resultados decididos tendem a ser temporários, mas a busca por outro mais justo deve ser contínua. A teoria de Rawls sobre justiça política parece se adequar a essas ideias e realizar proposições interessantes em busca de uma resposta, ainda que não definitiva. Cabe aos membros da sociedade, e em especial aos operadores do direito, revisitarmos constantemente nossas noções, para buscarmos cada vez mais um resultado que possa ser considerado razoável por todos os cidadãos.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução Alonso Reis Freire. 1ª Edição. São Paulo: WMF Martins, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism.** *The Journal of Philosophy*, Vol. 92, No. 3 (Mar., 1995), 109-131.

QUONG, Jonathan. **Public Reason.** *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = [<https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/public-reason/>](https://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/public-reason/).

RAWLS, John. **O Liberalismo Político.** 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma Teoria da Justiça.** 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **The Idea of Public Reason Revisited.** *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 3 (Summer, 1997), pp. 765-807.

VLADIMIR, Safatle. **A esquerda que não teme dizer seu nome.** São Paulo: Três Estrelas, 2012.