

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

Marcos Rohling

**O Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência ao Direito
em *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls**

Florianópolis
2011

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

Marcos Rohling

**O Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência ao Direito
em *Uma Teoria da Justiça* de John Rawls**

Dissertação submetida ao Programa de Pós
Graduação em Filosofia da Universidade
Federal de Santa Catarina para a obtenção do
Grau de Mestre em Filosofia
Orientador: Prof. Dr. Delamar J. V. Dutra

Florianópolis
2011

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária
da
Universidade Federal de Santa Catarina

R738s Rohling, Marcos

O sistema jurídico e a justificação moral da obediência ao direito em Uma Teoria da Justiça de John Rawls [dissertação] / Marcos Rohling ; orientador, Delamar José Volpato Dutra. - Florianópolis, SC, 2011.

194 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia.

Inclui referências

1. Filosofia. 2. Justiça - (Filosofia). 3. Equidade. 4. Direito - Filosofia. 5. Estado de direito. 6. Obediência. 7. Desobediência civil. I. Dutra, Delamar José Volpato. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III. Título.

CDU 1

A Deus e à minha família:
com especial afeto, carinho e consciência
de ser ela a base de minhas mais inesquecíveis experiências.

AGRADECIMENTOS

Devo dizer que, ao findar essa dissertação, muitas pessoas foram importantes para sua realização, às quais devo sinceramente todo apoio e incentivo. Sendo assim, meus sentimentos de gratidão são destinados à minha família, principalmente, aos meus pais, Blásio e Roseli, e à Letícia, minha namorada, por todo carinho, compreensão e apoio durante este período de exigências e privações sem os quais não me teria sido possível concluir esta pesquisa.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra, pessoa de inegável reputação e singular conhecimento a respeito das vinculações entre filosofia e direito. Com admiração, respeito e reconhecimento é que lhe sou grato por todo apoio, indicações e sugestões quanto à temática estudada durante o período de realização desta investigação.

À Prof^a. Dr^a. Sônia T. Felipe, quem por primeiro permitiu-me um contato mais especial com a obra de Rawls. Reafirmo minha profunda admiração por sua pessoa e por suas ideias, características marcantes de alguém que leva a sério o desafio de pensar.

Aos professores Dr. Alessandro Pinzani, Dr. Denílson L. Wërle e Dr^a. Maria Eugênia Bunchaft pela proveitosa, generosa e preciosa participação na banca de qualificação.

Ao prof. Dr. Denis Coitinho Silveira pela grata disponibilidade e riquíssimas indicações e sugestões, quando da participação na banca de defesa.

Aos professores do programa de pós-graduação em filosofia, sobretudo, que se ocupam particularmente das áreas da ética e da filosofia política: mais que lições e debates, despertar para o pensamento filosófico crítico e genuíno, de excelência indubitável.

À professora Elis Rogéria Pelegrini pela atenta, correta e rica revisão gramatical realizada nesta pesquisa.

A todas aquelas pessoas que, de uma forma ou de outra, tiveram alguma incidência sobre o resultado de minhas pesquisas e contribuíram para que ela se concretizasse. São muitas e, de uma só vez, quero registrar a todas elas a minha gratidão pelas discussões acadêmicas ou esporádicas, pela motivação e companheirismo ao longo dessa jornada que remonta, em alguns casos, a formação elementar.

Por fim, afirmar que eventuais erros que possam aparecer neste trabalho são de minha inteira responsabilidade.

“A vida põe problemas ao homem, problemas que ele não põe a si mesmo, mas que caem sobre ele e que lhe são provocados pelo seu viver.”

Ortega y Gasset

“Falar de valores é uma maneira indireta de descrever o tipo de vida que se pretende levar ou se entende dever levar.”

Paul Feyerabend

“Se a justiça perece, então não vale mais a pena os homens viverem na terra.”

Kant

“A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento.”

John Rawls

RESUMO

Esta dissertação, objetiva apresentar as características de um sistema jurídico de uma sociedade bem ordenada bem como a justificação de sua obediência. Sendo assim, inicialmente, desenvolve uma caracterização da sequência de quatro estágios, pelos quais os princípios de justiça aplicam-se à estrutura básica da sociedade. Investigam-se, igualmente, o esquema de liberdades básicas iguais e as liberdades políticas, tendo em vista serem elas o objeto de proteção do sistema jurídico. Da aplicação da justiça formal ao sistema jurídico, surge o estado de direito. Nesse sentido, caracteriza-se o estado de direito a partir dos preceitos que o definem. Em tal contexto, conceitua-se o sistema jurídico como é pensado por Rawls: um sistema de normas públicas destinado a pessoas racionais para a orientação de sua conduta. É por meio dele que, numa cooperação social, é possível assegurar as expectativas legítimas. Assim, desenvolve-se, também, uma análise da lei e da lei penal e de um conceito de direito que se encerra no interpretativismo, como define Dworkin. É analisada, igualmente, a justificação moral da obediência ao direito. Os vínculos com o direito, assim como às demais instituições da estrutura básica da sociedade, são determinados pelo princípio da equidade, fundamento das obrigações, que são contraídas voluntariamente, e pelos princípios do dever natural, dentre os quais o mais importante é o dever natural de justiça, através do qual todos os indivíduos estão vinculados, em termos de obediência, ao direito especialmente. Em decorrência desse princípio para os indivíduos, estes têm, de acordo com as circunstâncias, inicialmente, o dever de obedecer a leis injustas, com o propósito de não comprometer a estrutura da cooperação social, desde que não transcenda os limites toleráveis de injustiça, e o dever de desobediência civil, que é visto como uma obediência à justiça, portanto, expressiva da tensão entre legitimidade e legalidade. Portanto, pela prática da desobediência civil, o cidadão reconhece a legitimidade da ordem democrática.

Palavras Chaves: justiça como equidade, direito, estado de direito, dever natural de justiça, obediência e desobediência civil.

ABSTRACT

This work, aims to present the characteristics of a legal system of a society well-organized and justification of his obedience. Thus, initially, develops a characterization of the sequence of four stages, by which the principles of justice apply the basic structure of society. Are investigated, as also the scheme of equal basic liberties and political freedoms, with a view to them the object of protection of the legal system. The application of justice to the formal legal system, there is the rule of law. In this sense, characterized the rule of law from the principles that define it. In this context, considers itself the legal system as is thought by Rawls: a system of public standards for the rational people to guide their conduct. It is through him that a social cooperation, it is possible to ensure the legitimate expectations. Thus, develops, too, an analysis of law and criminal law and a concept of law that ends in interpretivism, as defined by Dworkin. It is considered also the moral foundation of obedience to the law. The links to the right, as well as other institutions of the basic structure of society, are determined by the principle of equity, the justification of the obligations that are incurred voluntarily, and the principles of natural duty, among which the most important is the duty natural justice, through which all individuals are linked in terms of obedience, especially to the right. Because of this principle for individuals, these are, according to the circumstances, first, the duty to obey unjust laws, in order not to compromise the structure of social cooperation and which do transcend the limits of tolerable injustice, and duty of civil disobedience, which is seen as obedience to justice, so expressive of the tension between legitimacy and legality. Therefore, the practice of civil disobedience, citizens recognize the legitimacy of the democratic order.

Keywords: justice as fairness, law, rule of law, natural duty of justice, obedience and civil disobedience.

LISTA DAS ABREVIATURAS

Ao longo desta pesquisa, serão usadas as seguintes abreviaturas para fazer referência as obras de Rawls:

TJ: A Theory of Justice. Cambridge: Harvard University Press, 1971. [trad. bras: Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.]

PL: Political Liberalism. Cambridge: Harvard University Press, 1993. [trad. bras: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.]

JD: Justice et Démocratie, Paris: Éditions du Seuil, 1993. [trad. bras: Irene A. Panernot. São Paulo: Martins Fontes, 2007.]

JF: Justice as Fairness: A Restatement. Edited by Erin Kelly. Cambridge: Harvard University Press, 2001. [trad. bras: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.]

LHPP: Lectures on the History of Political Philosophy. Edited by Samuel Freeman. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2007.

CP: Collected Papers. Edited by Samuel Freeman. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999.

LO: Legal Obligation and the Duty of Fair Play. 1964. In: **Collected Papers**. (Org. Samuel Freeman). Cambridge, Harvard University Press, 1999. [Trad. Portuguesa de Wladimir Barreto: *Obrigação jurídica e o dever de agir com equidade (fair play)*]. In: Estudos Jurídicos, **40**(1): 44-49 janeiro-junho, 2007.]

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
CAPÍTULO 1 – O DIREITO EM “UMA TEORIA DA JUSTIÇA”	25
1.1. A SEQUÊNCIA DE QUATRO ESTÁGIOS	26
1.2. UM ESQUEMA DE LIBERDADES BÁSICAS IGUAIS	31
1.3. AS LIBERDADES POLÍTICAS	38
1.4. O DIREITO E A ORDEM JURÍDICA	45
1.4.1. O que é o Direito	47
1.4.1.1. O Sistema Jurídico: o Direito como Instituição	49
1.4.1.2. A Justiça Formal ou Justiça como Regularidade	58
1.4.1.3. O Estado de Direito (<i>rule of law</i>)	62
1.4.1.4. Considerações sobre a Lei e a Lei Penal	75
1.4.2. O Conceito de Direito	88
CAPÍTULO 2 – A JUSTIFICAÇÃO MORAL DA OBEDIÊNCIA AO DIREITO EM “UMA TEORIA DA JUSTIÇA”	97
2.1. A JUSTIFICAÇÃO DA OBEDIÊNCIA AO DIREITO EM <i>LEGAL OBLIGATION</i>	100
2.1.1. Análise dos Complementos rawlsianos e a Insuficiência do <i>Fair Play</i>	108
2.2. A JUSTIFICAÇÃO DA OBEDIÊNCIA AO DIREITO EM <i>UMA TEORIA DA JUSTIÇA</i>	111
2.2.1 Os Argumentos a Favor dos Princípios do Dever Natural	113
2.2.2. Os Argumentos a Favor do Princípio da Equidade	126
2.2.3. O Dever de Obediência a uma Lei Injusta	139
2.2.4. A Regra da Maioria e a Justiça Procedimental Imperfeita	152
CAPÍTULO 3 – A JUSTIFICAÇÃO MORAL DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM “UMA TEORIA DA JUSTIÇA”	161

3.1. DESOBEDIÊNCIA CIVIL E CONFLITO DE DEVERES	162
3.2. A DEFINIÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL: LEGALIDADE VS. LEGITIMIDADE	167
3.3. A JUSTIFICAÇÃO MORAL DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL	177
3.4. O PAPEL DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL	182
CONCLUSÃO	191
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	199

INTRODUÇÃO

A obra *A Theory of Justice*, 1971, é inegavelmente um marco na reflexão político-filosófica contemporânea. Sem equívocos, pode-se afirmar que, precocemente, em virtude do grau de complexidade, profundidade e potencial para resolução de múltiplas questões bem como levantar críticas, essa obra constituiu-se como um dos clássicos do pensamento contemporâneo e mesmo da filosofia política Ocidental.

Esse quadro, com a finalidade de se compreender melhor algumas das posições assumidas por Rawls nesse livro, torna imperativo inteirar-se das questões que circundavam e orbitavam a reflexão filosófica, em matéria ética e política. Era corrente a afirmação de que, no campo da teoria política, inexistia, até meados do século XX, uma imponente e valiosa obra filosófica. Com a publicação de *Uma Teoria da Justiça*, esse entendimento deixou de ser verdadeiro. Algumas razões são elencadas para isso.

Segundo argumentam Kukathas e Pettit, a reflexão a respeito da teoria política, entendida como a reflexão sistemática sobre os fins da governação¹, existe há tanto tempo quanto a civilização Ocidental. Mas em Rawls, existe algo novo, no sentido de que se tem um novo começo, em relação a essa mesma reflexão. Para a compreensão da novidade latente à teoria de Rawls, esses autores afirmam que é fundamental a ciência do estado em que se encontrava a teoria política, tendo em conta que, na concepção tradicional, a teoria política tem dois aspectos, quais sejam: i) por um lado, envolve a análise do que é politicamente exequível (legitimável)²; e ii) por outro lado, desenvolve a análise do que é politicamente desejável (justificável).³ É desse modo que a exploração desses dois aspectos da teoria política caracteriza todas as tentativas para inquirir sistematicamente as tarefas que qualquer grupo ou entidade social deve empreender. Assim, salientam ainda, não surpreende que a descoberta de que a teoria política tem vindo, por tradição, a se preocupar com o estudo simultâneo da exequibilidade das

¹ Os autores adotaram de Plamenatz a respectiva definição de teoria política. Afirmam, igualmente, que a teoria política suscita um bojo vasto de questões as quais já se está habituado. Assim, deve haver Estado? Que deve fazer e como deve estar organizado? entre outras, são questões fundamentais do universo político. Cf. KUKATHAS & PETTIT, *Uma Teoria da Justiça e seus Críticos*, 13.

² Esse aspecto, o da exigibilidade, tem em conta a identificação de ações que podem estar em condições de serem realizadas, de tal modo a serem clarificadas as opções que podem ser tomadas a sério. Cf. *Ibid.*, 14.

³ Pertinente ao aspecto da desabilidade, tem-se o conhecimento do tipo de coisas que seria desejável, em matéria política. Cf. *Ibid.*, 14.

opções de governação exequíveis e com os fins que se pretende alcançar.

Esses autores estabelecem três observações, acerca do contexto teórico e social anterior a Rawls, que são imprescindíveis, em termos de reparo, sobre a avaliação feita por Berlin a propósito do estado de coisas no âmbito político até então. Em linhas gerais, as teses principais são as seguintes: i) com a progressiva demarcação e profissionalização de disciplinas, tais quais a economia e a ciência política, as duas faces da teoria política – a exequibilidade e a desejabilidade – tenderiam a se afastar cada vez mais uma da outra. Como consequência, não haveria nenhum segmento intelectual capaz de unir esses dois aspectos; ii e iii) o segundo e terceiro reparo refere-se ao destino desses esforços, quando não empreendidos em conjunto. Assim, a questão dos fins desejáveis ao Estado – que parece ser uma tarefa própria à filosofia – e que é deixada de lado tanto por esta quanto pelas ciências sociais, como a economia e ciência política, no que toca a questão da desejabilidade, envolve o universo axiológico, dentro da concepção analítica e positivista, relegada à filosofia. É assim que, embora as análises filosóficas do início do século XX tenham se espreado em análises antagônicas sobre a utilidade, a liberdade e a igualdade, elas são extremamente parcas em argumentos a favor desses ideais ou de qualquer outro. Além disso, a discussão que gravita o estudo do desejável e do exequível, se tomada isoladamente, torna-se sem importância. Para esses autores (Hayek, Buchanan, Kenneth Arrow, entre outros), ela somente é importante, isto é, a exequibilidade só é interessante em relação à desejabilidade, pois, segundo observam, a *neutralidade axiológica* pouco fez, em termos de progresso na primeira metade do século, às disciplinas como a economia e a ciência política.⁴ Se por um lado, a reflexão filosófica em teoria política estava estiolada, por outro lado, foi a essa altura que as primeiras manifestações começaram a marcar o ressurgimento da reflexão política.⁵ Faltava, então, um livro como *Uma Teoria da Justiça*

⁴ Cf. *Ibid.*, 15-7.

⁵ Os autores apresentam as seguintes manifestações teóricas, nos campos da economia e da ciência política e filosofia. No campo da economia, têm-se as seguintes tradições: i) a tradição austríaca, encabeçada por Hayek, que desenvolve argumentos a favor de um governo mínimo baseado na capacidade única de o mercado fornecer informação sobre o que as pessoas querem; ii) a teoria da escolha pública da qual um dos principais representantes é Buchanan, que era a favor de um regime político semelhante ao de Hayek tendo por base o fato de que um grande governo e uma burocracia são invariavelmente presas de interesses particulares; iii) a teoria da escolha social, ligada a Kenneth Arrow e a Amartya Sen, levantou, a propósito da realização de atos eleitorais, problemas relevantes para a concepção das instituições políticas. No campo da ciência política e da filosofia, ressaltam as seguintes personalidades: i) Stanley

para marcar tal ressurgimento, que veio a lume em 1971, coadunando e conjugando a reflexão em torno do desejável e do exequível.⁶

Essa revitalização da filosofia política exerceu influência em outras áreas, inclusive dentro da própria filosofia. Assim, o fascínio pelas ideias de Rawls permitiu pensar, inevitavelmente, uma série de problemas, alguns dos quais na filosofia do direito. Em torno do direito, a reflexão, que sempre ocupou lugar especial nas cadeiras e fileiras da filosofia, ao longo de sua própria história, ganhou novo ímpeto, de tal modo a se poder afiançar que a inquestionável e duradoura autoridade do positivismo jurídico sofreu forte abalo, fato este que, por sua vez, fez com que filósofos e juristas se preocupassem com a crise de racionalidade que daí deriva. Embora não exista certa unidade em relação à definição dessa nova realidade, ela vem sendo denominada de pós-positivismo, tendo em conta sustentar uma “*conexão necessária entre o direito e a moral, a qual penetraria no ordenamento jurídico, através da Constituição, especialmente, a partir dos direitos fundamentais.*”⁷ Essa crise de racionalidade, também, deu margem a elaborações de novos modelos positivistas, que ultrapassam as simplórias caricaturas, dialogando, algumas vertentes, fortemente com a moral.

Rawls, embora não fosse jurista e tendo-se afirmado como um dos principais nomes da discussão ética e política do século XX,

Benn e Richard Peters mostraram quanto ainda havia por fazer em matéria de reflexão sistemática sobre princípios que devem reger a organização política; e ii) Brian Barry chamou a atenção dos filósofos para a utilidade que as técnicas analíticas da economia podiam ter na execução disciplinada desses princípios para a organização sócio-política. Cf. *Ibid.*, 18.

⁶ Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls conjuga o estudo do desejável e do exequível, ao nível da organização política e social. Segundo o que observam Kukathas e Pettit, Rawls vai rejeitar a suposição, que tinham os filósofos da primeira metade do século XX, de que os valores e noções relativas à desejabilidade não podiam ser exploradas de forma intelectualmente sistemática, disciplinada e respeitável. Rawls sustenta, contrariamente, que existe uma forma sistemática de se realizar essa reflexão – constitutiva da via principal para a reflexão ética e política – presente no método que apresenta um paralelo com os métodos da lógica e da linguística. Grosso modo, esse método, em sua semelhança com a lógica e com a linguística, procura desenvolver uma lógica – no sentido em que se espera que ela explique hábitos de raciocínio dedutivos ou indutivos, e identifique princípios tais que, ao conformarem os indivíduos a eles, seja esse indivíduo conduzido a inferências intuitivamente válidas. Quanto ao estudo do exequível, a proposta de Rawls não se limita a sustentar a plausibilidade dos princípios de justiça, mas argumenta que esses princípios representam uma concepção pública de justiça da qual se poderia esperar que, depois de instalada, fosse mantida, em razão de sua estabilidade. Cf. *Ibid.*, 19-24.

⁷ Cf. LOIS, *prefácio*, In: DUTRA, **Manual de Filosofia do Direito**, 10. É importante ter em conta que, no presente contexto, existe uma interpretação de Hart segunda a qual o direito e moral estabeleceriam uma relação no âmbito jurídico, denominada de positivismo inclusivo, em que o direito não é determinado pela moral, mas guarda importantes conexões com ela.

produziu em sua obra magna um arcabouço conceitual que permite pensar questões relevantes à filosofia do direito, ainda que trate dessas questões na perspectiva da justiça social. Assim, é possível conceituar um sistema jurídico justo, norteado por princípios de justiça, oriundos de uma concepção moral, através da qual se estabelece, no universo deste autor, a conexão entre direito e moral.

Através do expediente da *posição original*, em que partes racionais e moralmente motivadas, sob restrições impostas pelo *véu de ignorância* e por aquelas da distribuição dos bens primários, obter-se-iam, pois, os dois *princípios da justiça*.⁸ Esses dois princípios, que determinam uma concepção de justiça social, ocupando o papel da justiça, aplicar-se-iam, por primeiro, especialmente às principais instituições da *estrutura básica da sociedade*, posto que sejam tais instituições aquelas que definem a distribuição de direitos e deveres, bem como determinam a distribuição dos benefícios e encargos da cooperação social.

Nesse contexto, o objeto primário de estudo desta dissertação é apresentar os fundamentos do ordenamento jurídico e da obediência ao direito, tal qual se pode encontrar em *Uma Teoria da Justiça*. Tendo em vista a contiguidade temática com a filosofia do direito, não se procura a avaliação do direito independente do universo filosófico, como fariam a teoria do direito ou a sociologia do direito, mas se procura considerar os princípios que confeririam legitimidade ao sistema jurídico, pertencente à *estrutura básica da sociedade*. Esses princípios norteadores da ordem jurídica, em função da filiação à tradicional doutrina do contrato social, seriam os princípios da justiça.

Através desses princípios, os quais formam o núcleo da concepção da justiça como equidade, base da moralidade pública numa sociedade bem ordenada, Rawls recupera as imbricações entre o direito e a moral, outrora alvejadas e refutadas pelo positivismo jurídico. Os princípios da justiça aplicam-se às instituições, estabelecendo, desse modo, no plano do ordenamento jurídico, um padrão para elaborar a constituição e as leis assim como servirem de base para, primeiro, a aplicação por parte dos juízes, e, segundo, avaliação dos próprios cidadãos acerca da justiça dessas instituições.

⁸ A posição original é vista por Rawls como um instrumento de justificação para a obtenção de princípios de justiça. Mas, para essa obtenção, relaciona dois tipos de restrição: i) as restrições do véu de ignorância e ii) as restrições da distribuição dos bens primários, dentro da qual se insere a teoria fraca do bem, em *Uma Teoria da Justiça*. Somente tem-se os princípios de justiça quando esses dois tipos de restrição são levados em consideração.

Esta dissertação, assim, é estruturada em três capítulos, nos quais se intenta, concisamente, apresentar de forma reconstrutiva as ideias fundamentais da *justiça como equidade*, fazendo emergir daí os elementos conceituais do sistema jurídico, ponderando sua relação com a proteção das liberdades básicas, assim como a fundamentação moral da obediência à lei e ao direito, que recai, embora por via indireta, no dever natural de justiça.

A exposição principia-se, como se encontra no primeiro capítulo, com uma apresentação, em largos apontamentos, da sequência de quatro estágios, mediante a qual se desenvolve a aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade. Desenvolve brevemente, também, as ideias a respeito de um esquema de liberdades básicas iguais e das liberdades políticas. A finalidade dessa tarefa é contextualizar o objeto de proteção do sistema jurídico justo que se realiza numa democracia constitucional, isto é, numa sociedade bem ordenada. Afirma-se que o sistema jurídico é uma instituição com um sistema de regras públicas destinada a pessoas racionais, com o propósito de regularem suas condutas e proverem a estrutura da cooperação social. São caracterizados, na mesma linha, como qualificadores do direito, os elementos conceituais do estado de direito (*rule of law*) e de seus preceitos, bem como o conceito de justiça formal – a justiça como regularidade. Conceitua-se a noção de lei e de lei penal, tendo em vista a punição, e se evidencia um conceito de direito consistente com o modelo rawlsiano, encerrado no *interpretacionismo*.

O segundo capítulo trata da justificação moral da obediência ao direito e às leis, que, no contexto das ideias de Rawls, é possível se pensado por via indireta, pois o autor não tinha por escopo estabelecer o modo como os indivíduos vinculavam-se ao direito especificamente, mas às instituições e às pessoas. Para tanto, resgatam-se as ideias centrais quanto a essa questão no artigo *Legal Obligation and Duty of Fair Play*. Em seguida, essa questão é abordada em *Uma Teoria da Justiça*, apresentando tanto os argumentos em favor dos princípios do dever natural, dentre os quais o dever natural de justiça, que ordena manter e trabalhar para a existência de instituições justas quando inexistentem, é a justificação última da obediência não somente ao direito, mas a todas as instituições sociais. São apresentados, do mesmo modo, os argumentos em favor do princípio da equidade, visto como a base para os vínculos voluntariamente contraídos, assim como as permissões, formando o conjunto de princípios para os indivíduos. Aborda-se, do mesmo, a questão da regra da maioria, entendida pelo autor como um

procedimento majoritário que caracteriza a democracia e a obediência a uma lei injusta, quando a injustiça for tolerável, desde que se guiem pelo dever natural de justiça.

No terceiro e último capítulo, aponta-se a questão da justificação moral da desobediência civil, assumida como um caso do dever natural de justiça: inversamente do dever que tem o indivíduo de acatar uma lei injusta, quando a injustiça não transcender o limite tolerável, tendo em vista o dever para com a justiça, acena-se para a perspectiva, segundo a qual, o indivíduo deve desobedecer à ordem legal. Tem-se assim, em termos específicos, uma querela entre legitimidade e legalidade. Desse modo, pela prática da desobediência civil, o indivíduo reconhece a ordem democrática como legítima, e inspirado no dever natural de justiça, trabalha para a correção da injustiça presente. Caracterizando, então, a definição, a justificação moral e o papel da desobediência civil, a pesquisa é concluída. É dessa maneira que se investiga, por uma via, o sistema jurídico como o concebe Rawls, e por outra, o modo como o autor fundamenta a sua obediência.

CAPÍTULO 1 – O DIREITO EM “UMA TEORIA DA JUSTIÇA”

“[...] a ordem jurídica é um sistema de normas públicas dirigidas a pessoas racionais.”⁹

A preocupação de Rawls, efetivamente, nunca foi com o sistema jurídico propriamente. E, se o autor fala dele, fala apenas na medida em que é necessário para discutir um problema que o ultrapassa, mas que é um dos traços distintivos de *A Theory of Justice*, já indicado, a saber: conjugar a liberdade com a igualdade nos termos daquilo que é politicamente exequível com aquilo que é politicamente desejável. As principais considerações pertinentes ao sistema jurídico estão centradas no capítulo IV, de *TJ*, e integram as considerações a cerca do bojo institucional que requisitam os princípios de justiça com o tácito objetivo de ilustrar o conteúdo dos princípios de justiça. Mediante esse objetivo, o autor pretende descrever uma *estrutura básica* que satisfaça os *princípios de justiça*, dela emergindo, por conseguinte, os deveres e obrigações que são originados de tais princípios.

Segundo Kukathas e Pettit, Rawls tenta mostrar, ao dar corpo aos princípios da justiça, de que modo certas instituições ou práticas fundamentais deles decorrem.¹⁰ Esse entendimento fará com que ele divise instituições essenciais, dentre as quais algumas das principais instituições jurídicas, para a aplicação dos princípios da justiça. No desenvolvimento desse plano, Rawls trata prioritariamente de três problemas da liberdade, quais sejam: i) da igual liberdade de consciência; ii) da justiça política e dos direitos políticos iguais; e, iii) da liberdade da pessoa e da sua relação com o estado de direito (*rule of law*).¹¹

No contexto desta estrutura conceitual, Rawls deixa evidente que as principais instituições que formam a estrutura básica da sociedade são aquelas de uma democracia constitucional e, nesse sentido, implicitamente, tem-se sensivelmente a indicação do sistema jurídico. O sistema jurídico é importante para a teoria da justiça do autor americano à medida que esclarece e precisa a liberdade igual numa sociedade bem ordenada. Sendo assim, deve-se deixar claro que se pretende discutir não todos os problemas que Rawls elenca no desenvolvimento e na proporção em que os princípios de justiça tomam conteúdo em sua

⁹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 38, 258.

¹⁰ Cf. KUKATHAS & PETTIT, *op. cit.*, 65.

¹¹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 31, 211. Ver também: KUKATHAS & PETTIT, *Rawls: Uma Teoria da Justiça e os seus críticos*, 64.

relação com as instituições, mas antes, apenas aqueles conceitos que permitem identificar um sistema jurídico justo, nos paradigmas estabelecidos pelos princípios de justiça formulados pelo autor.¹²

Dito isso, neste capítulo pretende-se, pois, inicialmente, identificar laconicamente as principais ideias do autor quanto à liberdade igual. Feito isso, discutir-se-á, com mais cuidado, os conceitos vinculados ao sistema jurídico e ao estado de direito. O capítulo é findo, por um lado, com uma consideração acerca da lei e da lei penal tendo em vista a vinculação do direito à lei, embora não se siga necessariamente da discussão desenvolvida no capítulo IV, de *TJ*, e por outro lado, com a interpretação que Dworkin faz do direito em Rawls.

1.1. A SEQUENCIA DE QUATRO ESTÁGIOS

De acordo com Rawls, uma vez que os princípios de justiça estejam disponíveis, os cidadãos devem avaliar a justiça da legislação e das políticas sociais. Rawls desenvolve essa ideia naquilo que denominou *sequência de quatro estágios*, que incorpora e é consoante a estrutura jurídica de uma democracia constitucional, pois descreve a escolha de uma constituição e de uma legislatura assim como prescreve padrões para ação e avaliação de leis e de julgamentos. Como esclarece o filósofo, ela exige uma série de fatores, que são tradicionalmente pertencentes ao constitucionalismo e, portanto, naturais numa democracia de caráter constitucional. Oportunamente, no decurso dessa pesquisa, esses fatores serão apresentados.

Assim compreendida, a *sequência* é um meio de se saber em que grau a Constituição e as leis existentes são compatíveis, ou não, com os princípios de justiça, inicialmente acordados, tendo em conta sua

¹² Mandle observa que os princípios de justiça não necessitam de um único esquema institucional para todas as circunstâncias, como o próprio Rawls mesmo diz e que, portanto, qualquer aplicação precisa ser sensível às condições em que os princípios devem ser aplicados. Todavia, esse comentador depreende disso que, para levar esse intento à cabo, exige-se, muitas vezes, que se tenha em mãos o conhecimento empírico especializado, o qual pode ser prestado por economistas, sociólogos e cientistas políticos, entre outros. Os filósofos não têm competências específicas nestas áreas e, por isso, o desenho de instituições e políticas é uma tarefa essencialmente interdisciplinar. Assim, embora os princípios possam identificar as normas e os ideais com base nas quais as instituições e as políticas devam ser avaliadas, em muitas circunstâncias existe uma grande controvérsia sobre quais projetos e políticas, de fato, estão mais de acordo e mais satisfazem esses padrões. Isso explica o fato de Rawls ser hesitante em considerar detalhadamente a aplicação dos princípios em circunstâncias concretas e sublinhar que acordos que não sejam tais quais a descrição por ele desenvolvida também podem ser evidentemente justos. Cf. MANDLE, *Rawls's A Theory of Justice – An Introduction*, 75.

aplicação, assim como permite oferecer uma base para justificação, argumentação e crítica, numa sociedade democrática, que é a sociedade bem ordenada.¹³

É essencial ter em mente, conforme argúi Rawls, que esse esquema de uma sequência *de quatro estágios* é um recurso para a aplicação dos princípios da justiça, pertencente à concepção da justiça como equidade e não uma explicação de como, em termos práticos, procedem as legislaturas e as convenções constituintes de Estado reais, embora seja perfeitamente possível apontar semelhanças entre elas.¹⁴ Certo é que, nessa sequência, há uma proximidade inquestionável entre os passos para aplicação dos princípios da justiça e a prática jurídica, sobretudo em procedimento hierárquicos.

Segundo Rawls, antes da aplicação dos princípios de justiça, o cidadão deve considerar três espécies de juízo, a saber: i) o cidadão precisa avaliar a justiça da legislação e das políticas sociais; ii) o cidadão deve decidir que ordenações constitucionais são justas para compatibilizar opiniões conflitantes sobre justiça de tal sorte que uma concepção completa de justiça é capaz não só de avaliar leis e políticas, mas também de classificar procedimentos para selecionar as opiniões políticas que deverão ser transformadas em leis; e, por fim, iii) o cidadão precisa saber determinar os fundamentos e limites das obrigações e deveres, isto é, o cidadão precisa verificar quando as leis elaboradas pela maioria devem ser obedecidas e quando devem ser rejeitadas, como não vinculantes.¹⁵ São esses tipos de juízos que nortearão o desenvolvimento do processo pelo qual os princípios são aplicados.

¹³ De um modo sintético, ancorando-se no entendimento de Freeman, é pertinente arguir que a sequência de quatro estágios, em termos simples, é o quadro para deliberar sobre a aplicação dos princípios da justiça. Não é um procedimento que os representantes políticos têm de usar, em circunstâncias reais, para que a Constituição ou as leis sejam justas ou legítimas. Em um mundo ideal, pode ser um procedimento que os representantes constitucionais ou legislativos usam para refletir, ou mesmo, imitar a respeito da aplicação do princípios de justiça. Todavia, no mundo como se o conhece, seria exigir demasiadamente dos representantes políticos, pois que, em muitos casos, não possuem genuínas habilidades filosóficas. Uma vez que seja assim, pode-se, então afirmar que a sequência de quatro estágios é uma espécie investigação hipotética que cada cidadão pode fazer, a qualquer tempo, individual ou conjuntamente, para julgar e avaliar a justiça das constituições existentes, bem como as leis e as decisões judiciais. De certo é, pois, uma maneira de descobrir o grau em que a Constituição e as leis existentes são compatíveis com os princípios da justiça, fornecendo, dessa maneira, uma base para justificativa, argumentação e crítica em uma sociedade democrática. Cf. FREEMAN, *Rawls*, 202-3.

¹⁴ Cf. RAWLS, *TJ*, § 31, 217.

¹⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 31, 212.

Conforme se observa, esses três tipos de juízos apontam para as questões que, pelo menos, na opinião de Rawls, uma teoria da justiça deve lidar. Uma vez que os princípios de justiça tenham sido estabelecidos na posição original, e tendo sido estabelecido que seu objeto por excelência seja a *estrutura básica da sociedade*, formada pelas principais instituições políticas, sociais e econômicas, grande parte delas perpassada pelas instituições jurídicas, Rawls enfrenta o problema da aplicação desses princípios às principais instituições dessa estrutura básica da sociedade, que são as de uma democracia constitucional.¹⁶ É para a solução desse problema que Rawls elabora o esquema da *sequência de quatro estágios*, que esclarece como os princípios para as instituições devem ser aplicados.

Consoante Freeman, o papel da *sequência* é estender o experimento hipotético da posição original, que, corresponde ao primeiro estágio, aos três estágios posteriores de deliberação e decisão de aplicação hipotética dos princípios de justiça. Ela é, pois, o quadro para deliberar sobre a aplicação dos princípios de justiça. Desse modo, ela não é o procedimento que é executado e utilizado pelos representantes políticos “reais” para a constatar se a Constituição ou as leis são justas ou legítimas.¹⁷

Sinteticamente, conforme se lê em *TJ*, no §31, as etapas do processo para a aplicação dos princípios da justiça, numa sequência *de quatro estágios*, podem ser apresentada do seguinte modo:

1º Estágio: posição original (escolha dos princípios da justiça);¹⁸

¹⁶ Cf. RAWLS, *TJ*, §31, 211. Kukathas e Pettit defendem a ideia de que as instituições descritas por Rawls são as de uma democracia constitucional e, “*embora Rawls insista em que as estruturas por si propostas não são as únicas que podem ser justas, torna-se bastante claro que os princípios por si defendidos só podem ser entendidos como princípios de uma sociedade democrática liberal.*” Cf. KUKATHAS & PETTIT, *Uma Teoria da Justiça e seus Críticos*, 65.

¹⁷ Freeman afirma a esse respeito: “*Num mundo ideal, poderia ser um procedimento que os representantes constitucionais ou legislativos refletem e até mesmo imitem, mas no mundo como o conhecemos isso talvez seja pedir demais de nossos representantes, que normalmente são curtos sobre as competências filosóficas. A Constituição ou as leis podem ser relativamente pouco, sem ninguém tentando imitar ou mesmo refletir sobre procedimentos hipotéticos rawlsianos. A sequência de quatro estágios é um tipo de investigação hipotética que você e eu podemos refletir agora, individual ou conjuntamente, para julgar e avaliar a justiça das constituições existentes, leis e decisões judiciais. É uma maneira de descobrir o grau em que a nossa Constituição e as leis existentes são compatíveis com os princípios da justiça, e fornece uma base para a justificação, a argumentação e a crítica em uma sociedade democrática.*” Cf. FREEMAN, *Rawls*, 202-3.

¹⁸ A *posição original* estabelece a escolha de princípios de justiça de forma racional, sob condições controladas pelo *véu de ignorância*. Na posição original, a tarefa de Rawls é a

- 2º Estágio: convenção constituinte (estruturação de uma constituição justa);¹⁹
- 3º Estágio: elaboração de uma legislatura justa;²⁰
- 4º Estágio: aplicação das regras a casos particulares pelo executivo e judiciário;²¹

Assim, o esquema de uma sequência *de quatro estágios* conduz a explicitação da *constituição política* e das *organizações econômicas justas*. Além disso, de acordo com Kukathas e Pettit,

[...] leva Rawls a abordar a questão da natureza da vinculação das pessoas ao mundo imperfeito exterior à PO, ao conformarem-se ‘sic!’ com as leis de uma sociedade imperfeitamente justa. Para tornar clara a ligação existente entre os princípios de justiça escolhidos na PO e instituições justas, Rawls convida-nos a imaginarmos uma sequência de quatro estágios: na primeira etapa, na PO, os princípios são escolhidos, após o que as partes na PO se reúnem numa assembléia ‘sic!’

escolha de princípios de justiça. No entanto, tendo escolhido os princípios de justiça, Rawls está seguro de que esses expressam uma concepção de justiça claramente atraente, capaz de atribuir direitos e deveres bem como distribuir equitativamente os cargos e encargos, embora ainda de modo muito abstrato. É interessante também dizer que a posição original pode guardar algum paralelo, ou mesmo semelhança, com a tradicional perspectiva do poder constituinte. Cf. LOIS & NETO, *O Constitucionalismo de Rawls: Elementos para sua Configuração*, In: **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.48, p.203-218, 2008

¹⁹ Na segunda etapa, o *estágio constitucional*, a fase nomogenética, as partes decidem sobre a justiça das formas políticas e escolhem uma constituição. Esta deve estar sujeita às restrições dos princípios de justiça, já escolhidos. Ademais, projetam um sistema de poderes constitucionais de governo assim como direitos básicos dos cidadãos. Em termos simples, as partes têm dois objetivos: i) devem escolher uma constituição que deve conduzir a legislação justa e efetiva; e, ii) que implementa as liberdades básicas especificadas pelo princípio da igual liberdade. Para tanto, o véu de ignorância é relaxado com o objetivo de que as partes possam ter acesso aos fatos gerais relevantes sobre a sua sociedade particular importantes para essa decisão. Cf. RAWLS, *TJ*, §31, 212-4.

²⁰ A terceira etapa, denominada de *estágio legislativo*, dado que a fase constitucional tenha provido a escolha de uma constituição justa, que assegura as liberdades básicas, seguindo o padrão determinado pelos princípios de justiça, é aquela na qual as partes avaliam a justiça de leis e políticas. Nessa fase, o véu de ignorância é novamente relaxado de tal sorte que toda a gama de fatos sociais e econômicos entra em jogo. Além disso, reflete-se a questão da prioridade do primeiro princípio sobre o segundo na prioridade da convenção constituinte em relação ao estágio legislativo: o primeiro princípio é o padrão para o estágio constitucional enquanto que, respeitando essa prioridade, o segundo princípio é o padrão para a elaboração e avaliação de políticas sociais e econômicas. Cf. RAWLS, *op. cit.*, §31, 215-6

²¹ O último estágio, conhecido também como *estágio judicial*, é o da aplicação das regras a casos particulares por parte de juízes e administradores, assim como da observância dessas regras por parte dos cidadãos em geral. Nessa fase final, o véu de ignorância é completamente levantado e todos têm acesso a todos os fatos. Cf. RAWLS, *op. cit.*, §31, 216

constituente, na qual decidem sobre a justiça das formas políticas e escolhem uma constituição. Esta 'sic!' é a segunda etapa, em que se estabelecem claramente os direitos e liberdades fundamentais. A partir de então é possível legislar – fazer leis que dizem respeito à estrutura econômica e social da sociedade: é a terceira etapa, em que se trata da justiça das leis e das políticas econômicas e sociais. Quando esta 'sic!' se completa, já nos resta, na quarta etapa, a aplicação das regras pelos juízes e outras autoridades.²²

O sistema da *seqüência de quatro estágios* rawlsiana simplifica a aplicação dos princípios da justiça por meio de uma divisão de tarefas. O primeiro dos estágios afigurados por Rawls para a aplicação dos princípios da justiça é a *posição original*, seguida por uma etapa constituinte, outra legislativa até ser finalizada pela aplicação das regras a casos particulares, que materializaria os princípios da justiça regulando uma sociedade bem ordenada, definindo direitos e deveres.

Com efeito, mesmo nas circunstâncias ideais de uma sociedade bem ordenada, é possível que os princípios de justiça possam diferir quanto a sua aplicação aos casos concretos, exigindo-se, evidentemente, algum mecanismo político para conciliar opiniões possivelmente conflitantes de justiça. Como atesta Mandel, Rawls acredita que esse mecanismo político deverá ser especificado numa constituição, em função do que se deve julgar, igualmente, quais disposições constitucionais são também justas.²³ Contudo ocorre que nenhum procedimento político pode garantir a elaboração de uma constituição e de uma legislação justas em função de serem um caso da *justiça processual imperfeita* – isto é, os procedimentos são justos, mas não há como assegurar que os resultados também o sejam.²⁴

A respeito da seqüência de quatro estágios uma última observação, advinda de Mandel, deve ser feita. Como indica este autor, o levantamento gradual do véu de ignorância que ocorre entre a posição original e as fases subsequentes, não é a única mudança sensível, pois, apesar de Rawls não enfatizar esse aspecto, a motivação das partes na posição original é drasticamente diferente daquela que têm as partes nas fases posteriores. Na posição original, as partes são motivadas

²² Cf. KUKATHAS & PETTIT, *op. cit.*, 65.

²³ Cf. MANDLE, *Rawls's A Theory of Justice – An Introduction*, 76.

²⁴ Cf. MANDLE, *op. cit.*, 77.

exclusivamente pelos objetivos de garantir seus interesses fundamentais e satisfazer as suas concepções particulares, ainda desconhecidas, de bem. O véu da ignorância obriga-os a fazer uma escolha imparcial e racional, e é por isso que a escolha é interessante para todos. Nas fases seguintes, no entanto, as partes são motivadas pelo objetivo de implementar e aplicar os princípios de justiça que já estão disponíveis. Elas têm uma motivação moral que não estava presente na posição original, e procuram responder as seguintes perguntas: qual constituição, leis e políticas ou aplicações a casos particulares são mais justos? O véu da ignorância, segundo argumenta, não desempenha um papel essencial nestes estágios como tinha na posição original, em função do que é duvidoso que as fases posteriores possam desempenhar o papel heurístico útil que a posição original desempenha. Por outro lado, conclui, a invocação da seqüência de quatro estágios talvez possa servir como um lembrete útil de que a posição original é adequada apenas para identificar os princípios fundamentais da justiça, não para considerar a sua aplicação.²⁵

1.2. UM ESQUEMA DE LIBERDADES BÁSICAS IGUAIS

Tendo em vista precisar adequadamente o conceito de sistema jurídico pensado por Rawls, far-se-á agora uma breve retomada das principais ideias concernentes ao esquema de liberdades básicas iguais. A importância dessa incursão está no fato de que o sistema jurídico – e os conceitos que o cercam – é discutido sob a via da relação com a igual liberdade. Uma vez que seja assim, seguindo o percurso desenvolvido por Rawls, e inserido em seu intento, *en passant*, remete-se a três problemas, sem, no entanto, focalizar-se neles com profundidade: i) a liberdade de consciência e a tolerância; ii) a justiça política; e iii) a relação da liberdade igual com o estado de direito (*rule of law*).

Uma vez desenvolvida a *seqüência de quatro estágios*, que servirá de avaliação acerca das práticas e aplicação dos princípios de justiça, bem como da justiça de uma constituição e de uma legislatura, dentro da concepção da justiça como equidade, Rawls passa a discutir o conceito de liberdade, o qual abarca um grau extenso de liberdade igual compatível para o maior número de pessoas, que ficara, até então, muito abstrata. Noutros termos, Rawls especifica, através do conceito de liberdade, o que, através da seqüência de quatro estágios, estabeleceram-se como as liberdades básicas.

²⁵ Cf. MANDLE, *op. cit.*, 78.

Está claro que, conforme o percebido, a função primária dos princípios de justiça, que se aplicam inicialmente à estrutura básica da sociedade, é conduzir a atribuição de direitos e deveres e regular as vantagens econômicas e sociais.²⁶ Igualmente, o primeiro princípio é o padrão primário para a convenção constitucional, estágio no qual as liberdades de cidadania igual são determinadas, a saber:

[...] a liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito.²⁷

Essas liberdades devem ser incorporadas e protegidas pela Constituição, num regime democrático e constitucional, conforme o estado de direito vigente. Até a especificação das liberdades básicas na fase constitucional, as liberdades básicas são altamente abstratas e serão mais especificamente definidas em termos de liberdades constitucionais, dentro de uma estrutura jurídica inerente à democracia constitucional.²⁸ A especificação das liberdades definidas pelos princípios de justiça, na ótica da justiça como equidade, são, desse modo, amparadas e protegidas no âmbito de um sistema jurídico, como direitos

²⁶ Cf. RAWLS, *TJ*, §11, 64.

²⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §11, 64. Segundo Rawls, no original: “*The basic liberties of citizens are, roughly speaking, political liberty (the right to vote and to be eligible for public office) together with freedom of speech and assembly; liberty of conscience and freedom of thought; freedom of the person along with the right to hold (personal) property; and freedom from arbitrary arrest and seizure as defined by the concept of the rule of law.*” Cf. RAWLS, *op. cit.*, §10, 61.

²⁸ Freeman explica que, por especificação das liberdades básicas na fase constitucional, Rawls quer dizer que as liberdades são altamente abstratas e que deverão ser mais especificamente definidas em termos de liberdades constitucionais. Nessa linha, a liberdade de pensamento é especificada em tais liberdades como a liberdade de opinião e de expressão, a liberdade de discussão e investigação, o direito de participar na investigação científica, literária e artística de todos os tipos. Os direitos e liberdades da pessoa devem ser especificados como a liberdade de circulação, liberdade de não servidão, liberdade de ocupação e escolha de carreira, o direito a bens pessoais, assim como o direito à privacidade individual, entre outras. Depois disso, cada uma dessas liberdades será especificada na legislação e na fase judicial. Assim entendido, o direito à privacidade implica liberdade de procriação e o direito de usar os meios para o controle de natalidade, a liberdade de escolha em uma das relações íntimas, incluindo nessas as relações do mesmo sexo e, ainda, sustenta, o direito de suicídio assistido e até mesmo um direito à assistência de outras morrendo em condições de doença terminal. Cf. FREEMAN, *Rawls*, 209-10.

constitucionais, por meio do estado de direito, que é, como ver-se-á, o resultado da aplicação da justiça formal ao sistema jurídico.

Na discussão que Rawls faz da liberdade, o autor não se força a tomar uma posição substantiva acerca da liberdade como faz, por exemplo, Isaiah Berlin que, em seu ensaio *Two Concepts of Liberty*²⁹, opôs à liberdade negativa a liberdade positiva. Conforme entende Merquior, Berlin definiu a liberdade negativa como estar livre de coerção, posto que a liberdade negativa seja sempre liberdade contra a possível interferência de alguém. A liberdade positiva, por seu turno, é entendida e definida essencialmente como um desejo de governar-se, um anseio de autonomia.³⁰

Rawls, todavia, não considera essa controvérsia entre proponentes da liberdade negativa e os da liberdade positiva³¹, mas segue, antes, a MacCallum. Segundo percebe Rawls, “*em sua maior parte, esse debate nada se relaciona com definições, mas sim com valores relativos das várias liberdades quando conflitam entre si.*”³² No entanto, Rawls desenvolve uma descrição geral para o conceito de liberdade, nos seguintes termos: “

A descrição geral de uma liberdade [...] assume a seguinte forma: esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou daquela

²⁹ Cf. BERLIN, *Dois conceitos de liberdade?*, In: HARDY & HAUSHEER (Orgs.). **Isaiah Berlin: Estudos sobre a Humanidade: uma antologia de ensaios**, 226-272.

³⁰ Cf. MERQUIOR, *O Liberalismo Antigo e Moderno*, 25.

³¹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 32, 218. É apropriado argüir que a discussão desenvolvida por Rawls não contempla um debate sobre o conceito de liberdade, mas sobre o que ele denomina “valor da liberdade”. Cumpre notar, ainda, que ao empregar o termo liberdade, o autor está se referindo ao conjunto de liberdades fundamentais, especialmente àquelas contidas no primeiro princípio de justiça e não à liberdade enquanto tal, posto que a liberdade representa o sistema total de liberdades básicas asseguradas a todos os indivíduos indistintamente. Sendo assim, conforme a aplicação dos princípios segundo as regras de prioridade, todos os cidadãos terão garantidos o igual *status* de cidadania. Isso, contudo, não significa que todos tenham a capacidade de atingir seus fins dentro da estrutura sistematicamente definida. Sendo assim, por certo, todos têm liberdades iguais, mas o valor da liberdade de cada qual pode ser desigual, tendo em vista depender da capacidade de cada um. Na concepção de Rawls, a justiça como equidade garante a todos o mesmo *status* de cidadania, não podendo, no entanto, assegurar que todos tenham as mesmas capacidades para atingirem os seus fins, visto que o valor da liberdade se refere ao proveito que as pessoas tiram de suas liberdades. Em resumo, o primeiro princípio garante liberdades iguais a todos, apesar de o segundo princípio permitir certas desigualdades. Para equacionar a igualdade do primeiro princípio com a desigualdade admitida pelo segundo princípios, Rawls faz uso da distinção entre liberdade e valor da liberdade, pois equilibra a igualdade e a liberdade em uma noção coerente. Assim, como indica Felipe, ter-se-ia um pseudo-problema dissipado por meio dessa combinação coerente liberdade e igualdade. Cf. FELIPE, *Rawls: uma teoria ético-política da justiça*, 151. In: OLIVEIRA, **Correntes Principais da Ética Contemporânea**.

³² Cf. RAWLS, *TJ*, § 32, 218.

restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo.³³

Rawls alerta que a aplicação desse conceito de liberdade é orientada, nesse sentido, às pessoas físicas assim como às associações, de um modo geral: pessoas ou associações podem ou não estar livres. Ademais, as restrições possíveis à liberdade são da seguinte ordem: desde deveres e proibições definidas por lei até as influências coercitivas causadas pela opinião pública e pela pressão social. Note-se que o coletivo, expresso na forma da opinião pública e da pressão social, exerce poder de restrição não cabendo esse papel apenas ao conteúdo da lei, na medida em que é determinável.

Nesse contexto, como se percebe, Rawls aponta que a tratativa da liberdade dá-se em conexão com limitações legais e constitucionais, em relação aos quais:

[...] a liberdade é uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres. Colocadas nesse contexto, as pessoas têm liberdade para fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições que levam a fazê-la ou a não fazê-la, e quando sua ação ou ausência de ação está protegida contra interferência de outras pessoas.³⁴

Esse entendimento do que é liberdade é, pois, a consagração de uma perspectiva liberal em filosofia política, diferente daquela em economia ou filosofia da economia. Rawls tem em vista afirmar que liberdade é aquilo que o indivíduo pode fazer sem que exista algum impedimento para o que queira fazer e que, esse algo que se deseja fazer, não fira a igual liberdade alheia, pois, historicamente, os liberais sustentam a tese de que a todo indivíduo deve ser assegurada uma área de ação livre de quaisquer oposições de outros indivíduos e, especialmente, do Estado: é necessário proteger o indivíduo, inclusive dele próprio.³⁵

³³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 32, 219.

³⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 32, 219.

³⁵ Conforme apontam Kukathas e Pettit, uma constituição política justa faz respeitar o primeiro princípio de justiça – o princípio da liberdade igual. Isso implica a significação do entendimento do Estado como uma associação de cidadãos na mesma condição de igualdade. Sob essa constituição, o Estado não se preocupa com doutrinas filosóficas e religiosas, mas regula a forma como os indivíduos perseguem os seus interesses morais e espirituais de acordo com princípios que acordariam numa situação inicial de igualdade, ou seja, a posição original. Sendo assim, o governo não tem nem o direito nem o dever de fazer o que ele, ou uma maioria

Para ilustrar tal aspecto, Rawls dá o exemplo da consideração da liberdade de consciência como a lei o define. Diz-se, então, que os indivíduos têm essa liberdade básica quando estão livres para perseguir seus interesses morais, filosóficos ou religiosos sem restrições legais que exijam que eles se comprometam com qualquer forma particular de prática religiosa ou de qualquer outra natureza e quando os demais têm um dever estabelecido por lei de não interferir.

Em sua amplitude, um conjunto bastante intrincado de direitos e deveres caracteriza qualquer liberdade particular.³⁶ Além disso, requer-se do governo, assim como também as outras pessoas, e não apenas o estabelecimento da permissão legal de que os indivíduos façam ou não façam uma determinada coisa, a obrigação legal de não criar obstáculos para o exercício de uma liberdade em questão. Rawls desenvolve algumas observações que se mostram acuradamente importantes para a compreensão sobre seu entendimento a respeito da temática da liberdade. Suas observações são, portanto, as seguintes: i) as liberdades básicas devem ser avaliadas como um todo, como um sistema único, tendo em vista que, geralmente, o valor de uma liberdade depende da especificação de outras liberdades; ii) existe sempre um modo de definir essas liberdades básicas de forma que as aplicações principais de cada uma possam ser simultaneamente asseguradas e os interesses fundamentais protegidos; e iii) dada a essa especificação das liberdades básicas, tem-se a pressuposição de que, na maioria dos casos, perceba-se de modo claro se um instituto legal de uma lei realmente restringe ou simplesmente regula determinada liberdade básica.³⁷

quer fazer em questões de moral ou de religião. Cf. KUKATHAS & PETTIT, *Rawls – ‘Uma Teoria da Justiça’ e seus críticos*, 66.

³⁶ É adequado indagar acerca da relação entre direitos e deveres, nessa obra, para Rawls. De forma simples, deve-se entender que direitos são reivindicações a partir de deveres. Veja-se que, por ser Rawls um construtivista, os direitos não são *direitos naturais*, no sentido jusnaturalista, embora terminologicamente o autor se utilize dela, mas são construções a partir da posição original, do equilíbrio reflexivo e dos juízos ponderados. Dessa forma, existem deveres que são socialmente assumidos para que possam garantir direitos individuais. Uma vez que seja assim, tem-se direitos porque socialmente uma sociedade assumiu deveres conjuntamente. Há, portanto, a preponderância da dimensão social na determinação dos direitos, por meio do compromisso com os deveres. Nesse sentido, tome-se a liberdade de consciência como exemplo: não existe direito natural à liberdade de consciência, mas o reconhecimento de um compromisso de tal forma que o que não pode ser assumido como um dever não vale como um direito. Além disso, quando se fala dos deveres naturais, fala-se em princípios para os indivíduos os quais são escolhidos na posição original como aquilo que as partes deverão de esperar de seus pares na sociedade. Mais adiante, este tópico será melhor analisado.

³⁷ Cf. RAWLS, *TJ*, § 32, 220.

A proposta da justiça como equidade, tal qual se encontra em *TJ*, vê a constituição de uma sociedade como um instrumento para garantir que as liberdades fundamentais sejam protegidas. Para Mandel, pode parecer que a posição assumida por Rawls seja vulnerável à objeção de que está apenas preocupado com a proteção formal das liberdades, especialmente quando se observa que o autor americano nega que a pobreza e a ignorância, assim como a falta de meios em geral, diminui a garantia de um esquema igual de liberdades. No entanto, como indica o crítico, Rawls enseja essa via somente como um ponto de análise, pois quando os recursos adequados não estão disponíveis, isso não privaria os cidadãos de suas liberdades básicas. Nesse caso, contrariamente, ter-se-ia que o valor das liberdades está comprometido, tendo em vista que, enquanto o primeiro princípio assegura as liberdades básicas, o segundo princípio controla o seu valor. Assim, os dois princípios são projetados para trabalhar conjuntamente alcançando uma reconciliação entre a liberdade e a igualdade: conjugando os dois princípios, a estrutura básica é estruturada de tal modo a permitir arranjos que maximizem a valor da liberdade para os menos favorecidos no esquema completo da igual liberdade compartilhada por todos, definindo, então, o fim da justiça social. Decerto, longe de se preocupar somente com a garantia formal das liberdades básicas, o foco de Rawls é diretamente o valor das liberdades básicas, o qual é controlado de modo conjunto pelos dois princípios.³⁸

É nesse sentido que, em *TJ*, Rawls considera a liberdade de consciência com o objetivo de ilustrar a aplicação do primeiro princípio. O primeiro princípio de justiça requer a proteção dessa liberdade básica, sendo especificado diretamente na Constituição. Assim, em vez de se concentrar no palco constitucional, como aponta Mandel, Rawls remonta-se, em primeiro lugar, à posição original para considerar o fundamento para escolhê-la como uma liberdade fundamental, dando-lhe prioridade que ela e as outras liberdades básicas têm sobre o segundo princípio. Desse ponto de vista, a posição original apoia a igual liberdade de consciência, pois embora as partes na posição original não saibam qual será sua fé religiosa em particular, elas sabem o papel que as religiões desempenham na vida das pessoas. Logo, as partes haverão de procurar uma igual liberdade de consciência tendo em vista preservar o interesse de um indivíduo de praticar sua crença, mesmo que não pertença à maioria praticante de uma certa crença religiosa.³⁹ No

³⁸ Cf. MANDLE, *Rawls's A Theory of Justice – An Introduction*, 78-9.

³⁹ Cf. MANDLE, *op. cit.*, 79.

entanto, há limites à liberdade de consciência, os quais não são determinados por uma avaliação do mérito intrínseco ou pelo das diferentes doutrinas e associações. As limitações são determinadas, isso sim, pelas exigências de um esquema igual de liberdades básicas para todos.

Observa-se, que quando o governo tem o dever de impor restrições aos indivíduos, a fim de manter um regime de iguais liberdades básicas para todos, a justificação por parte do Estado deve ser baseada em evidências e formas de raciocínios aceitáveis para todos. Destarte, nenhuma limitação à liberdade individual de consciência pode ser justificada simplesmente por uma referência às doutrinas de uma religião particular, mas contrariamente, simplesmente nos requisitos de um sistema de iguais liberdades básicas compatível para todos.⁴⁰ Desse modo, se a liberdade de consciência, da perspectiva da justiça como equidade, pode ser limitada, tendo em conta o interesse geral na segurança e ordem públicas, ela só pode ser limitada a partir do *princípio do interesse comum*, o qual, segundo Rawls, tem em conta o interesse do cidadão representativo igual.

O Estado, na figura do governo, ao exercer seus poderes de tal modo a limitar a liberdade tendo em vista o interesse comum, atua como agente dos cidadãos e satisfaz as exigências de sua concepção comum de justiça. Se um Estado confessional é negado, é negada peremptoriamente a noção de Estado leigo com competências ilimitadas tendo em vista que é decorrência dos princípios de justiça que o governo não tem nem o direito nem o dever de fazer o que ele ou maioria (ou qualquer outro grupo) quiser fazer nas questões de religião ou de moral. O dever do Estado é limitado a garantir as condições de igual liberdade religiosa e moral. É imperativo, portanto, que a liberdade de consciência só deva ser limitada quando há suposições razoáveis de que não fazê-lo prejudicará a ordem pública que o governo deve manter. Assim sendo, a limitação da liberdade só se justifica quando for necessária para a própria liberdade, para impedir uma incursão contra a liberdade que seria ainda pior.⁴¹

⁴⁰ Cf. RAWLS, *TJ*, § 34, 229-30.

⁴¹ Kukathas e Pettit sustentam que, apesar de o governo poder ocasionalmente limitar a liberdade, só pode fazê-lo quando esteja em causa o interesse comum na ordem pública e na segurança, pois só em tais ocasiões o governo age segundo um princípio que seria escolhido na posição original. A liberdade, portanto, só pode ser restringida em nome da própria liberdade, isto é, quando tal restrição redundar num esquema maior igual de liberdade igual para todos. Além disso, isso significa não se poder em caso algum denegar a liberdade de consciência, e, quando a própria constituição está firme, não há razão para denegar a liberdade, mesmo aos

Segundo opina Agra Romero, Rawls é partidário da tolerância do intolerante sempre e quando a ordem constitucional estiver segura e a igual cidadania garantida. O argumento de Rawls para tal, ainda segunda a autora, sustenta-se no ideal de *fair play*, isto é, se os indivíduos aceitam os benefícios da cooperação social e da ordem constitucional, serão levados a concluir a necessidade de que devem obedecer a essa ordem, cumprindo, por conseguinte, com a parte que lhes cabe.⁴²

O que é interessante é que os princípios de justiça constituem o núcleo daquilo que ele denomina moralidade política. Assim, quando existem conflitos de teor essencialmente relacionados à liberdade de consciência, apresentados à estrutura básica, é certo que os princípios de justiça estão habilitados a não só especificar os termos da cooperação entre as pessoas, mas também a definir pactos de reconciliação entre diversas religiões e convicções morais assim como as formas de cultura às quais pertencem.⁴³

1.3. AS LIBERDADES POLÍTICAS

As liberdades políticas, quanto à temática da presente investigação, apresentam um contributo significativo para se pensa por um lado, o sistema jurídico, e por outro, a obediência ao direito. Esse contributo, todavia, centra-se no fato de que, pela prática das liberdades políticas, mediante a participação pública dos cidadãos, estes

intolerantes. Para Rawls, como asseguram os autores, a constituição deve ser entendida como um procedimento justo que satisfaz os requisitos de igual liberdade enquadrada de tal modo que, de todas as organizações exequíveis, é a que tem mais probabilidades do que qualquer outra de resultar num sistema de legislação justo e eficaz. O princípio de liberdade igual exige que os cidadãos tenham oportunidade de participarem no processo político daquilo a que se chama democracia constitucional. Ademais, a liberdade também exige o controle dos poderes do corpo legislativo. E Rawls acha que isto pode ser realizado pelos dispositivos tradicionais do constitucionalismo: bicameralismo, separação de poderes conjugada com o sistema de freios e contrapesos e uma carta de direitos corretamente aplicada pelos tribunais. Além disso, a liberdade exige o império da lei, pois de outro modo a incerteza quanto às fronteiras da nossa liberdade tornará o seu exercício arriscado e menos seguro. Por isso, uma constituição justa é a que limita os poderes do governo, embora lhe conceda a autoridade para elaborar e fazer cumprir a lei. O princípio da liberdade exige que haja controle dessa autoridade. Contudo, é desse mesmo princípio que fazemos decorrer a autoridade do governo para impor sanções aos que infringem a lei, já que um governo ineficaz não é capaz de agir de modo a defender liberdades importantes. Cf. KUKATHAS & PETTIT, *Rawls – ‘Uma Teoria da Justiça’ e seus críticos*, 66-7.

⁴² Cf. AGRA ROMERO, J. *Rawls: El Sentido de Justicia en una Sociedad Democrática*, 145-6.

⁴³ Cf. RAWLS, *TJ*, § 35, 240-1.

desenvolvem certo civismo, pelo qual mais facilmente, desenvolvem o desejo de seguir regras e de acatar-lhes os imperativos. Para a compreensão dessa relação, é necessário evocar as ideias de Rawls.

Quando se considera a aplicação do primeiro princípio à estrutura política da sociedade, tem-se o *princípio da igual participação*, que exige “*que todos os cidadãos tenham um direito igual de participar no processo constituinte, estabelecendo as leis às quais eles devem obedecer, e de determinar o resultado final.*”⁴⁴ O princípio da participação, portanto, transfere a noção da posição original

[...] para a constituição, tomada como o mais alto sistema de normas sociais para estabelecer normas. Se o Estado quiser exercer uma autoridade final e coercitiva sobre um determinado território, e se deve assim afetar de forma permanente as expectativas de vida das pessoas, o processo constituinte deve preservar a representação igual da posição original no mais alto grau possível.⁴⁵

É imperativo que o princípio da igual participação exija que os cidadãos tenham oportunidade de participarem no processo político daquilo a que se chama democracia constitucional, que pode ser organizada nesse sentido.⁴⁶ Para Rawls, a democracia constitucional possui certos elementos que, de um modo geral, a caracterizam, em relação a outras formas políticas, inclusive, democráticas.

em primeiro lugar, a autoridade que determina as políticas sociais básicas reside num corpo representativo escolhido, para ocupar um cargo durante um período determinado, por um eleitorado ao qual esse corpo deve basicamente prestar contas. Esse corpo representativo tem poderes que vão além de uma função consultiva. É uma assembleia legislativa com poderes para fazer leis e não simplesmente um fórum de

⁴⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 36, 241.

⁴⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 36, 241-2.

⁴⁶ Segundo o filósofo, de fato, o princípio da participação obriga aqueles que estão ocupando cargos de poder e de autoridade a serem mais sensíveis aos interesses do eleitorado. Conforme sugere Barry, o argumento a favor do princípio da participação reza que cada indivíduo possa aportar, trazer, algo característico à discussão, sendo essa, por sua vez, enriquecida pela existência de ideias alternas acerca dos requisitos que satisfariam os princípios comumente aceitos, de tal sorte que, quanto mais indivíduos participarem, melhor será a decisão resultante. Cf. BARRY, *La Teoria Liberal de la Justicia: Examen Crítico de las Principales Doctrinas de Teoria de la Justicia de John Rawls*, 141.

delegados de vários setores da sociedade, ao qual o executivo explica suas ações e que reconhece os movimentos do sentimento público. Tampouco são os partidos políticos meros grupos de interesses peticionando junto ao governo em benefício próprio; ao contrário, para ter o apoio necessário e conseguir o cargo, eles devem apresentar previamente sua própria concepção de bem público. A constituição pode, naturalmente, delimitar o poder legislativo de muitas maneiras; e as normas constitucionais definem suas ações na qualidade de um corpo parlamentar. Mas no devido tempo uma sólida maioria de eleitorado é capaz de conseguir seus objetivos, se necessário por meio de emendas constitucionais.⁴⁷

Como exposto por Kukathas e Pettit, a liberdade também exige o controle dos poderes do corpo legislativo. E Rawls pensa que isso pode ser realizado pelos dispositivos tradicionais do constitucionalismo, a saber: bicameralismo, separação de poderes conjugada com o sistema de freios e contrapesos e uma carta de direitos corretamente aplicada pelos tribunais.⁴⁸ Além disso, exige-se outras características familiares de uma democracia constitucional. Vale dizer: uma legislatura representativa, eleições regulares de acordo com o *preceito uma-pessoa-um-voto*. Assim, o sentimento público, igualmente, é verificado, não apenas por meio de esporádicos e imprevisíveis plebiscitos e outros meios factíveis para tal, mas de forma frequente a fim de ficar sempre claro o desejo dos cidadãos.

Nesse ínterim, há rigorosas proteções constitucionais para certas liberdades, especialmente para a liberdade de expressão e de reunião e para a liberdade de formar associações políticas. A liberdade, portanto – como adiante será visto –, exige o estado de direito, pois de outro modo a incerteza quanto às fronteiras da nossa liberdade tornará o seu exercício arriscado e menos seguro.⁴⁹ Além disso, Rawls reconhece ainda o princípio da oposição política leal tendo em vista que os choques das convicções políticas, e dos interesses e atitudes que tendem a influenciá-las, são aceitos como uma condição normal da vida humana. A noção de uma oposição política leal é relevante, pois sua

⁴⁷ Cf. RAWLS, *TJ*, § 36, 242.

⁴⁸ Cf. KUKATHAS & PETTIT, *Rawls – ‘Uma Teoria da Justiça’ e seus críticos*, 66-7.

⁴⁹ Cf. KUKATHAS & PETTIT, *op. cit.*, 67.

inexistência pode acarretar à política da democracia uma condução inadequada e um ocaso iminente.

Remetendo-se à distinção entre o conceito de liberdades básicas e o seu valor, no quadro conceitual em que se tem a garantia de um esquema igual de liberdades básicas para todos, segundo o primeiro princípio, e o valor dessas liberdades determinado pelos recursos que os indivíduos tenham para exercê-las – considerando que o princípio da diferença permita desigualdades no valor de uma liberdade fundamental quando se trabalha para aumentar o valor da liberdade para os menos favorecidos – tem-se, como indica Mandle, uma restrição adicional para o caso das liberdades políticas: deve-se garantir o seu *justo valor*. Isso se explica, porque – dado que as liberdades políticas sejam competitivas – uma pessoa que tenha mais riqueza teria, e essa é a especial preocupação de Rawls, maior capacidade para exercer uma influência mais acentuada sobre o processo político.⁵⁰

Rawls não é ingênuo em relação às vicissitudes do regime constitucional e afirma que, do ponto de vista histórico, um dos principais defeitos do regime constitucional tem sido sua incapacidade de assegurar o valor equitativo da liberdade política. De fato, considera que as medidas corretivas necessárias nunca foram seriamente consideradas. O conjunto maior dessas críticas é assim expresso pelo autor:

Disparidades na distribuição da propriedade e riqueza que em muito excedem o que é compatível com a liberdade política têm sido geralmente toleradas pelo sistema legal. Recursos públicos não têm sido empregados a fim de manter as instituições exigidas para garantir o valor equitativo da liberdade política. A falha reside no fato de que o processo político democrático é, na melhor das hipóteses, uma rivalidade regulada; nem sequer teoricamente possui as propriedades desejáveis que a teoria dos preços atribui aos mercados realmente competitivos. Além disso, os efeitos das injustiças no âmbito do sistema político são mais graves e duradouros do que as imperfeições do mercado. O

⁵⁰ Esse crítico argumenta ainda que a chamada para o financiamento público das campanhas políticas é repetido nos trabalhos posteriores de Rawls. Contudo, é notório que a indicação de que a garantia do justo valor da liberdade política poderia pôr limites nas disparidades na distribuição da propriedade e da riqueza, mesmo para além daquelas impostas pelo princípio da diferença. Cf. MANDLE, *Rawls's A Theory of Justice – An Introduction*, 82-3.

poder político rapidamente se acumula e se torna desigual; e, servindo-se do aparelho coercitivo do Estado e de suas leis, aqueles que conseguem a predominância podem muitas vezes garantir para si mesmos uma posição privilegiada. Assim, as desigualdades do sistema sócio-econômico podem solapar qualquer igualdade política que possa ter existido em condições historicamente favoráveis. O sufrágio universal é um contrapeso insuficiente; pois, quando os partidos e as eleições são financiados não por fundos públicos mas por contribuições privadas, o fórum político fica tão condicionado pelos desejos dos interesses dominantes que as medidas básicas necessárias para estabelecer uma regra constitucional justa raramente são apresentadas de modo adequado.⁵¹

Após esse duro diagnóstico do sistema constitucional, contudo, Rawls está certo de que, no âmbito da sua teoria, esses problemas ficam reduzidos e minorizados, senão, ausentes por completo. Para ele, portanto, no contexto do princípio da participação, uma constituição justa é aquela que estabelece uma forma de rivalidade equitativa em relação à autoridade e aos cargos políticos. É notório que, na concepção de Rawls, através da apresentação de concepções do bem público e de políticas concebidas para promover os fins sociais, os partidos políticos rivais buscam a aprovação dos cidadãos de acordo com regras de procedimento justas, num contexto de liberdade de pensamento e de reunião em que o valor equitativo das liberdades fica assegurado.

Mais ainda, o princípio da participação inclina à sensibilidade os representantes dos cidadãos, de tal modo que, numa sociedade bem ordenada, eles devam representar seus eleitores substantivamente, o que se traduz em: i) procurar aprovar uma legislação justa e eficaz, uma vez que este é o primeiro interesse dos cidadãos em relação ao governo; e, ii) promover outros interesses de seus eleitores, a medida que sejam consoantes com a justiça.

À luz disso, é patente que, entre os principais critérios utilizáveis no julgamento da atuação de um representante e das razões que ele apresenta para justificá-las, encontram-se os princípios de justiça. Uma vez que a constituição é o fundamento da estrutura social, o mais

⁵¹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 36, 247. Essas questões, como Rawls mesmo faz questão de afirmar, pertencem, de acordo com sua teoria, à sociologia política. A menção delas, contudo, é imperiosa uma vez que é um excelente diagnóstico dos principais regimes constitucionais.

elevado sistema de normas que regula e controla outras instituições, como em certo sentido, também Kelsen a havia descrito⁵², Rawls estatui que todos os cidadãos têm o mesmo acesso ao procedimento político que ela estabelece, pois quando o princípio da participação é efetivamente obedecido, o *status* de comum de cidadania igual fica assegurado.

Assim posto, deve-se enfatizar, e Rawls insiste nesse ponto, que o princípio da participação aplica-se a instituições, e sendo desse modo, não define uma cidadania ideal e nem obriga que todos participem ativamente nos afazeres políticos, à maneira de uma democracia direta ou algo similar.⁵³ Os deveres e obrigações individuais, encerrados principalmente, sob o dever natural de justiça e o princípio da equidade, que são pertinentes a essa questão, que, de fato, estão na base da cidadania, serão investigados adiante no tópico sobre a obediência ao direito. Importa, contudo, que a constituição essencialmente estabeleça direitos equitativos de participação nos negócios públicos e que sejam tomadas medidas para preservar-se o valor equitativo dessas liberdades.

Quando Rawls, fala remetendo-se a Mill, para melhor caracterizar a justificação da desigualdade política, o autor tem por certo que os fundamentos do governo não são apenas de ordem prática e que a liberdade política igual, quando seu valor equitativo estiver assegurado, tem necessariamente um profundo efeito na qualidade moral da vida

⁵² Kelsen sustentava que a Constituição é, na esfera do direito, a norma que ocupava o escalão mais elevado, pelo que o Direito tratava de regular sua própria criação, particularidade especialmente distintiva. Segundo Kelsen, a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes camadas de normas jurídicas, sendo a unidade resultante da conexão de dependência resultante do fato de a validade de uma norma, produzida de acordo com outra norma, se apoiar numa outra norma, cuja produção é, por sua vez, determinada por outra, até que se chegue à norma fundamental que é a constituição, fundamento de validade último que constituía a unidade dessa interconexão criadora. Kelsen distingue a constituição em constituição em sentido material – isto é, aquele sentido material através do qual se afirma uma norma positiva ou normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais – e constituição em sentido formal – isto é, um documento designado como “Constituição” que, como Constituição escrita, não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas nesse documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Essa discussão comparativa, contudo, não interessa à presente pesquisa. Cf. KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 155-7.

⁵³ Numa sociedade bem ordenada, fica indubitável que apenas uma pequena parcela de pessoas precisa efetivamente dedicar-se aos negócios públicos, portanto, à política, podendo desse modo, elas dedicarem-se aos outros tipos de bem, como a ciência, a arte, entre outros, que, seguramente, estão entre os bens da humanidade. Cf. RAWLS, *TJ*, § 36, 248.

cívica. Assim, ancorando-se no fato de ser a liberdade política igual a um profundo bem para a vida cívica, tendo em vista os efeitos para a qualidade moral da vida cívica, as relações entre os cidadãos alicerçar-se-iam na constituição explícita da sociedade. Sendo esse o caso, Rawls afirma que a máxima medieval que estabelece que, o que afeta a todos a todos interessa, deva ser vista como algo o qual se deva levar a sério e declarar como o objetivo público. Nessa conjuntura, a liberdade política

[...] não se destina a satisfazer o desejo de autocontrole do indivíduo, e menos ainda a sua busca de poder. O fato de tomar parte da vida política não torna o indivíduo dono de si mesmo, mas antes lhe dá uma voz igual à dos outros na determinação de como se devem ordenar as condições sociais básicas; tampouco, satisfaz sua ambição de dominar outras pessoas, uma vez que agora se exige que cada um modere suas reivindicações como base naquilo que todos podem reconhecer como justo. A vontade pública de consultar e considerar as crenças e interesses de todos assenta as fundações do civismo e forma o *ethos* da cultura política.⁵⁴

Ora, quando os direitos políticos iguais têm seu valor equitativo, o efeito do autogoverno é o de aumentar a autoestima e o sendo de capacidade política do cidadão comum, pois a consciência de seu próprio valor, desenvolvida no seio das associações menores de sua comunidade, é confirmada pela constituição de toda a sociedade. Assim como Mill, Rawls afirma que a educação para a vida pública é necessária para que os cidadãos adquiram um senso positivo do dever e obrigação políticos, ou, noutros termos, uma disposição que vai além da simples disposição de se submeter à lei e ao governo, sem o que, ficam alienados e isolados em agrupamentos menores, de tal modo que seus laços não se estendam para além da família e do reduzido círculo de amizades.⁵⁵

Como conclusão, pode-se dizer que, de fato, as liberdades que se encerram na liberdade política igual, tal qual Rawls a conceitua, não são apenas um meio: elas, reforçando nos cidadãos o senso de seu próprio valor, ampliando suas sensibilidades intelectuais e morais, lançando, por conseguinte, a base de uma noção de dever e de obrigação – no marco do dever natural de justiça e do princípio da equidade –, crucial para que

⁵⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 37, 255-6.

⁵⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 37, 256-7.

as principais instituições sociais justas, entre as quais o direito, sejam efetivamente estáveis.

1.4. O DIREITO E A ORDEM JURÍDICA

Como afirmado anteriormente, Rawls não tem por objetivo desenvolver uma teoria do direito, mas fala da ordem legal à medida que esclarece o problema da liberdade igual, dentro da estrutura básica da sociedade, a qual, por meio de suas principais instituições, é o objeto de aplicação dos princípios de justiça.⁵⁶ Embora a estrutura básica da sociedade, como indica Mandel, abranja mais do que a ordem jurídica e política, é inegável que essas instituições ocupem papel especial posto controlarem o modo como os outros elementos que formam tal estrutura relacionam-se entre si. Assim, embora não seja verdadeiro que uma sociedade seja coletivamente responsável apenas por suas leis, não se pode negar que é por meio delas que uma sociedade toma decisões explícitas, coletivas e vinculativas.⁵⁷

Sendo assim, se, por um lado, nesse contexto teórico, Rawls não teve por objetivo desenvolver uma teoria sobre o direito, mas o conceitua em sua relação com a proteção das liberdades individuais, nos termos da aplicação da justiça formal fazendo emergir o estado de direito, por outro lado, não se pode negar que, de suas ideias sobre as instituições de uma sociedade bem ordenada e, portanto, de uma

⁵⁶ Voice indica duas razões relacionadas, pelas quais essas instituições são importantes. Em primeiro lugar, elas têm uma função normativa de atribuição de direitos e deveres, isto é, estabelecer um quadro de 'deveres' que (idealmente) governam as interações entre os cidadãos. Como exemplo, tomemos a instituição que atribui o direito de propriedade aos cidadãos na propriedade em si e no lucro que é derivado de seu uso (embora ambos os direitos são limitados em muitos aspectos, em reais estados liberais democráticos). Aos cidadãos, portanto, deveria ser permitida a posse dos meios de produção, sendo que os outros cidadãos têm o dever de respeitar esse direito, onde a posse apropriada dos meios de produção é compatível com os princípios da justiça. Em segundo lugar, estas instituições são mantidas pela ameaça de coerção. O Estado usa o seu monopólio do poder coercitivo para fazer cumprir os requisitos normativos da instituição. Todavia, claramente, uma instituição como a propriedade privada dos meios de produção é muito importante quando se considera o modo com os quais os benefícios e encargos da cooperação social são distribuídos. O sistema jurídico é outra instituição que Rawls menciona, como exemplo, ao descrever a estrutura básica. Por exemplo, é óbvio que como um sistema legal define uma pessoa com personalidade jurídica é fundamental para a forma como os cidadãos fazem reivindicações uns sobre os outros. O que faz com que essas instituições políticas, econômicas e sociais básicas tenham um efeito profundo sobre a vida dos cidadãos. Estas instituições se encaixam em um sistema que governa as interações do dia-a-dia entre os cidadãos da forma mais fundamental. É por isso que Rawls chama de uma estrutura, que fornece o quadro no qual os cidadãos interagem com o Estado e entre si. Cf. VOICE, *Rawls Explained*, 33-4.

⁵⁷ Cf. MANDLE, *Rawls's A Theory of Justice – An Introduction*, 78-9.

sociedade justa, é possível caracterizar o que vem a ser um sistema jurídico justo. Uma vez que seja assim, sem problematizar a questão maior dentro da qual está envolvida a discussão sobre o direito, vai-se caracterizar neste tópico somente o sistema jurídico pensado por Rawls para uma sociedade justa.

Com efeito, segundo Rawls, os princípios da justiça têm duas funções específicas, a saber: primeiramente, os princípios da justiça encarnam ideais abstratos que proporcionam a base para a unidade social numa sociedade bem ordenada; em segundo lugar, os princípios têm a função de permitir a avaliação da justiça de políticas e fornecer orientações práticas para a formulação leis.⁵⁸ Os princípios da justiça são inicialmente aplicados à estrutura básica da sociedade que é composta pela constituição, a economia, o sistema social, como a família, assim como a distribuição de bens e recursos. O direito, desse modo, cuja função o vincula à proteção da liberdade, é visto como uma das principais instituições – permeando, inclusive, as demais instituições elementares – que formam a estrutura básica da sociedade, devendo ele, assim como as demais instituições, ser regulado pelos princípios da justiça. Há, nesse aspecto, o encontro da justiça substantiva, definida pelos princípios da justiça, que assumem o papel da justiça, com a justiça formal, que encerra o princípio da legalidade.

Genérica e preliminarmente, Rawls aduz que um sistema jurídico justo estabelece uma base para *expectativas legítimas*, no sistema de cooperação social, que é a sociedade bem ordenada. Um sistema jurídico, segundo sua letra, é uma ordem coercitiva de normas públicas cujo objetivo é regular a conduta de pessoas racionais, ao mesmo tempo em que fomenta a estrutura da cooperação social. Dessa maneira, assegura aos indivíduos, pela via da coerção, a proteção das liberdades fundamentais, fortalecendo o compromisso, mediante a estrutura da

⁵⁸ Cf. FREEMAN, *Rawls*, 199. Conforme deu-se a entender anteriormente, numa sociedade liberal, na qual inexistente uma doutrina filosófica, moral ou religiosa predominante e vinculada e defendida pelo Estado – inclusive, um dos pilares do liberalismo, isto é, a laicidade do Estado – Freeman argumenta que uma concepção compartilhada de justiça é necessária para unificar as pessoas de tal sorte a serem capazes de conviver harmoniosamente na mesma sociedade. Nos trabalhos posteriores, esse aspecto ficará mais evidente, sobretudo, por enfatizar que os princípios da justiça social têm a função de promover a unidade, servindo, pois, como uma espécie de carta pública para sociedade bem-ordenada, proporcionando, deste modo, uma *base de justificação pública* entre as pessoas com diferentes pontos de vista, sejam eles, religiosos, morais e filosóficos. O papel público de uma concepção de justiça é vinculado a um conceito redefinido por Rawls, a saber, a *razão pública*, que aparece rapidamente em *TJ*, como se disse, com outro sentido. Essa abordagem da *razão pública* caracteriza o entendimento de Rawls de uma democracia constitucional.

cooperação social, com a obediência ao direito. Nos tópicos subsequentes, serão analisados os conceitos correlacionados ao sistema jurídico.

1.4.1. O que é o Direito

O ordenamento jurídico caracterizado por Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, como indicado anteriormente, é um sistema jurídico de uma democracia constitucional, isto é, de uma sociedade que Rawls especifica como sendo bem ordenada e, portanto, regulada por uma concepção pública de justiça. Assim, embora as características próprias do sistema jurídico, enquanto tal, sejam vistas mais adiante, cabe dizer que a estrutura teórica decorrente dos princípios de justiça, a saber, os direitos que define e distribui, ao assumir o papel da concepção de justiça, são aqueles conceitos discutidos por Rawls ao longo de toda a segunda parte. Noutros termos: é incorporada à estrutura jurídica, fundada numa democracia constitucional, a ideia de que ela é composta por uma constituição, a qual é encarregada do estabelecimento da igual cidadania; assegurando, pois, a liberdade da pessoa, a liberdade de pensamento e de consciência, assim como a igualdade política, traduzida em termos de sufrágio universal e o direito de participar do processo político. Assim sendo, o sistema jurídico – como uma instituição vinculada ao Estado – organizado de um modo tal que mantenha a ordem pública, é derivado da função que tem o Estado de zelar pela equidade através da manutenção das condições indispensáveis para que os indivíduos possam perseguir seus interesses e cumprir com suas obrigações, tal como as entenda por si mesmo.⁵⁹

Essas ideias que caracterizam o sistema jurídico não precisam ser retomadas, não mais do que ora foram. Elas apontam para o fato de que, como se percebe, a linguagem em que a filosofia de Rawls foi traduzida, assim como a de outros filósofos políticos, entre os quais, Habermas e Dworkin, é a linguagem jurídica, pois, como afirma Lopes,

[...] em sociedades modernas, complexas e organizadas sob as formas políticas atualmente conhecidas, a linguagem na qual os arranjos políticos se expressam e mesmo se concretizam é a linguagem do direito. Discutir princípios de justiça é discutir arranjos políticos, mas arranjos políticos fazem-se sob a linguagem do direito:

⁵⁹ Cf. NAVARRO, *Solidariedad Liberal – La Proposta de John Rawls*, 23.

distribuição de direitos, individuais, civis, políticos, sociais.⁶⁰

Assim, quando se fala das instituições básicas da sociedade, se está a falar, em grande medida, de uma estrutura amplamente marcada pela influência jurídica. A caracterização que se pretende agora é o do sistema jurídico tal qual ele foi pensado por Rawls. Para tanto, seguindo a posição de Dworkin⁶¹, assumir-se-á que uma teoria do direito deve ser de tal forma estruturada que lhe seja permitido responder à questão sobre o que é o direito. Essa questão, por conseguinte, encontra duas vias, a saber: i) responder o que é o direito enquanto instituição, no contexto do pensamento de Rawls; e, ii) qual conceito de direito resulta da teoria da justiça como equidade. Portanto, o direito em Rawls, pode ser definido nessa dupla via: primeiro, enquanto instituição e, segundo, quanto ao conceito resultante, em vista do caso concreto, embora estejam intimamente relacionados.

Todavia as respostas às duas questões levantadas sobre o direito, em *Uma Teoria da Justiça*, ganham, brevemente, a seguinte forma: sumária e genericamente, quanto à primeira questão, pode-se arguir, no lastro de Weber, Kelsen e Hart, por um lado, e Fuller, por outro, que o direito institucionalmente é um sistema público de regras orientado para pessoas racionais, numa sociedade bem ordenada, caracterizada pela cooperação social, que tem íntima relação com duas categorias de justiça, a saber, a justiça substantiva e a justiça formal; e, quanto à segunda questão, aceitando-se a interpretação de Dworkin, decorre que dos princípios da justiça, para os casos concretos, tem-se o *interpretativismo* como concepção.⁶²

⁶⁰ Cf. LOPES, *Prefácio: Justiça e Direito*, 13, In: JESUS, **John Rawls – A Concepção de Ser Humano e a Fundamentação dos Direitos do Homem**.

⁶¹ Dworkin elaborou um artigo no qual aborda o pensamento de Rawls como sendo o de um jurista, tendo em vista que a obra filosófica de Rawls, por direcionar-se à filosofia política em geral, e ser a filosofia do direito um segmento dessa disciplina, tem visíveis e significativas contribuições à filosofia e à teoria do direito. Cf. DWORKIN, *Justiça de Toga*, 341-69.

⁶² É relevante ponderar que a definição do direito, tomado como uma instituição pertencente à *estrutura básica da sociedade*, não se aproxima da via sociológica de fato, pois como observa Bidet, segundo Rabenhorst, o que Rawls entende por estrutura básica difere daquilo que os sociólogos chamam normalmente de *estrutura sociais*. Aqui se toma esta terminologia por entender que ela permite uma definição dupla do trato dado ao direito por Rawls. Cf. RABENHORT, *Dever e Obrigação*, 294. In: FELIPE, **Justiça como Equidade**.

1.4.1.1. O Sistema Jurídico: o Direito como Instituição

No intuito de conceituar uma resposta à primeira questão, isto é, o que é o direito enquanto instituição, algumas digressões são necessárias, haja vista que a compreensão do direito no pensamento de Rawls colocar-se-á no lastro da discussão desenvolvida na primeira parte e metade do século XX concernente à teoria do direito, matizada, por um lado, no positivismo jurídico, vertente que em que se alinha, de certo modo Weber – e sua análise do conceito de legalidade –; assim como as figuras mais expressamente representativas como Kelsen, e, posteriormente, Hart, numa linha da filosofia analítica do direito; e por outro, na teoria jurídica de Fuller, ferrenho adversário do positivismo e defensor de um jusnaturalismo processual. Antes de discorrer acerca da caracterização do direito, sob a ótica rawlsiana, ainda, é necessário estabelecer uma distinção de enfoques que diferencie a concepção positivista de Kelsen daquela desenvolvida por Hart, para, depois que essa distinção for feita, estabelecer o modo como Lon Fuller desenvolve sua concepção de direito, que se opõe ao positivismo, sobretudo, ao positivismo de vertente hartiana, com quem polemizou nos anos sessenta e setenta, assim como estabelecer breves aportes que estabeleçam o esclarecimento do direito para Weber, no marco do qual concebe a relação entre justiça substantiva e justiça formal, para um ordenamento jurídico.⁶³

É notável que, conforme salienta Dutra, essa forma de estratégia argumentativa, desenvolvida por esses predecessores do pensamento de Rawls, e por ele parcialmente assumida, finque pé na tradição kantiana da compreensão do direito, o que torna possível falar de uma forma do Direito, a qual, esculpida nas oficinas do kantismo, corresponde, guardadas as devidas particularidades, ao conceito de legalidade em Weber.⁶⁴ O que Dutra tem em mente é que, decorrente do arcabouço teórico kantiano, que incide direta ou indiretamente sob as duas vertentes que influenciarão Rawls, a proposta do pensador americano vai alinhar-se àquilo que, do entendimento do direito em Kant como concernente à forma das relações externas, derivou-se a noção de weberiana de legalidade, é a característica do estado de direito. Assim,

⁶³ Cf. MEJIA QUINTANA, *La Problemática Iusfilosófica de la Obediencia al Derecho y la Justificación Constitucional de la Desobediencia Civil*, 173-85. Ver também: Cf. DUTRA, *Justiça Processual e Substantiva na Filosofia Prática Contemporânea*, 133-41. In: BAVARESCO & HOBUSS (Org.), **Filosofia, Justiça e Direito**, 2002.

⁶⁴ Cf. DUTRA, *Justiça Processual e Substantiva na Filosofia Prática Contemporânea*, 135.

sob a ótica rawlsiana, do mesmo modo, a legalidade é característica pungente do estado de direito. Portanto do estado de direito emana a legalidade. Com efeito, esse conceito de legalidade rawlsiano só tem sentido desde que haja na proteção do conteúdo dos princípios de justiça.

De fato, Rawls, do ponto de vista institucional, aceita a relativa autonomia do direito enquanto um sistema de regras, na linha de Hart, cuja função primordial e critério de legitimidade fundamental é dado por sua eventual eficiência e funcionalidade.⁶⁵ Essa conceituação do direito, vinculada à definição de justiça formal, é válida para qualquer conceito de sistema jurídico, independentemente de sua vinculação com a justiça como equidade. Trata-se, pois, de um conceito com certa neutralidade sobre o direito tendo em vista que seus preceitos são os que seriam seguidos por qualquer sistema de regras que incorporasse perfeitamente a ideia de um sistema jurídico.⁶⁶

Todavia, para Rawls, o conteúdo do direito deve ser determinado não como para Hart, que o materializa no que chama de um *direito natural mínimo*, mas assumido intuitivamente, a saber, em princípios de justiça os quais são definidos através de um procedimento caracterizado pelo consenso, o qual garantisse, em sua estrutura, a autonomia das partes e a pretensão de universalidade dos conteúdos. São os princípios da justiça que, ao assumirem o papel da justiça de distribuição de direitos e deveres numa sociedade bem ordenada, haverão de definir a justiça substantiva a qual, no entendimento de Fuller, sempre anda unida a justiça formal.⁶⁷

O direito, enquanto sistema e ordem jurídica, como parte e permeando as instituições da estrutura básica da sociedade, e próximo da perspectiva sociológica do direito, devedora e herdeira da análise de Weber é, segundo Rawls, um conjunto de regras públicas destinadas a pessoas racionais⁶⁸, tendo em vista sua orientação. Desse modo,

⁶⁵ Cf. RAWLS, *TJ*, § 38, 257-66. Ver também: MEJIA QUINTANA, *op. cit.*, 177.

⁶⁶ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 258.

⁶⁷ Para Weber, é certo que as instituições, entre elas o sistema jurídico e, nesse, especialmente a Constituição, precisam de princípios orientadores e reguladores. “*Regras normativas precisam ser justificadas, caso contrário, ficam arbitrárias. Leis fundamentam-se em princípios que, por sua vez, devem incluir ou contemplar os direitos e liberdades fundamentais. Têm, portanto, uma dimensão ética. Ou seja, quando falamos da justificação de leis, reportamo-nos a princípios e, quando fundamentamos princípios, estabelecemos valores e, quando falamos de valores, que na sua aplicação requerem regularidade e coerência, tratamos de questões éticas.*” Cf. WEBER, *Ética, Direitos Fundamentais e Obediência à Constituição*, 96-7.

⁶⁸ Segundo Rawls, o conceito de racionalidade, ao menos como é entendido em *Uma Teoria da Justiça*, tanto quanto possível, deve ser interpretado “[...] no sentido estrito, que é padrão em

possibilita o estabelecimento de bases seguras para expectativas legítimas, isto é, o que podem esperar os indivíduos numa sociedade bem ordenada.

Eis que, nesse ponto, é preciso retomar uma discussão desenvolvida por Rawls no §10, de *TJ*, que diz respeito à relação entre as instituições, entendidas como um sistema de regras públicas, e a justiça formal. Essa retomada é fundamental, pois as regras que se aplicam às instituições básicas da sociedade são igualmente aplicadas ao direito, enquanto sistema público de regras. Para isso, é primordial acentuar que os princípios de justiça, que orientam a atribuição de direitos e deveres bem como determinam a distribuição dos benefícios e encargos da vida social, são primariamente destinados à estrutura básica da sociedade tendo em conta sua organização em um esquema de cooperação.⁶⁹ Os qualificadores de uma instituição, nesse contexto, valem também para o sistema jurídico. Rawls assim afirma:

Por instituição entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc. Essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem violações. Como exemplos de instituições, ou, falando de forma mais geral, de práticas sociais, posso pensar em jogos e rituais, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade. Pode-se considerar uma instituição de dois modos: primeiro, como um objeto abstrato, ou seja, como uma forma possível de conduta expressa por um sistema de regras; segundo, como a realização das ações especificadas por essas regras no pensamento e na conduta de certas pessoas em uma dada época e lugar. Há uma ambigüidade, portanto, quanto ao que é justo ou injusto: a

teoria política, de adotar os meios mais eficientes para determinados fins.” Cf. RAWLS, *TJ*, §3, 15. Rawls, no §25 promoveu algumas modificações no sentido de que um indivíduo racional utiliza meios efetivos para atingir objetivos, com expectativas unificadas e uma interpretação objetiva das probabilidades. Isso se compreende porque, a essa altura, Rawls está preocupado em demonstrar que, na posição original, as partes são racionais, de acordo com essa caracterização, e que a escolha dos princípios de justiça é racional nesse sentido. Contudo, *grosso modo*, o conceito de racionalidade permanece com feições kantianas de acordo com as quais quem quer os fins, quer, igualmente, os meios para se o atingir.

⁶⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §10, 57.

instituição como realização concreta ou a instituição como um objeto abstrato. Parece melhor dizer que justa ou injusta é a instituição concreta e administrada efetiva e imparcialmente. A instituição como um objeto abstrato é justa ou injusta na medida em que qualquer realização concreta dela poderia ser justa ou injusta.⁷⁰

Nesse ponto, depreende-se uma questão crucial quanto à concepção de regras, pois elas estabelecem ações como permitidas, para as quais são criados mecanismos para assegurar sua efetividade, assim como especificam proibições decorrendo delas certas penalizações. É notório que essa descrição de Rawls é demasiadamente geral; abarcando, por conseguinte, não só o ordenamento jurídico, mas práticas sociais como um todo. Numa sociedade bem ordenada, o papel dos princípios de justiça, assumindo o papel que cabe à justiça, é o de especificar e avaliar o sistema de regras que constituem as instituições básicas da sociedade, tendo em conta que todas essas instituições são necessárias para a cooperação social. As regras, então, devem satisfazer à concepção de justiça. Com efeito, nenhuma sociedade pode existir sem regras determinadas, pois elas permitem o desenvolvimento das principais atividades de uma sociedade uma vez que

[...] fazem a produção econômica, o comércio e o consumo possível. Nem poderia suportar por muito tempo uma sociedade sem algum mecanismo político para a resolução de disputas e decisões, revisão, interpretação e execução das suas consequências econômicas e outras normas de cooperação, ou sem alguma forma de a família, para reproduzir, sustentar e nutrir os membros das suas gerações futuras. É isso que distingue as instituições sociais que constituem a estrutura básica de outras instituições sociais profundamente influentes, tais como a religião, e outras instituições sociais não são básicas porque não são geralmente necessárias para a sociedade e para a cooperação social (mesmo se elas podem ser ideologicamente necessárias manter as sociedades em particular e para manter seu *status quo*).⁷¹

⁷⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §10, 58.

⁷¹ Cf. Verbete *Original Position*, In: <http://plato.stanford.edu/entries/original-position/> acessado em 23/05/2010.

Com efeito, ao afirmar que uma instituição – a estrutura básica da sociedade, por consequência – é um sistema público de regras, Rawls está a dizer que todos os que estão nela engajados sabem o que saberiam se essas regras e a sua participação na atividade que elas definem fosse o resultado de um acordo. Portanto, enfatiza o autor, uma pessoa que faz parte de uma instituição sabe o que as regras exigem dela e dos outros, assim como, igualmente, sabe que os outros sabem disso e que eles sabem que disso ela também sabe. O que há, no fundo, é a questão da publicidade das regras institucionais, pois se supõe que há um entendimento sobre o que especificam e o que proíbem, em termos de espaço público, sob pena de não existir uma base segura para as expectativas legítimas. Assim,

A publicidade das regras de uma instituição assegura que aqueles nela engajados saibam quais limites de conduta devem esperar uns dos outros, e que tipos de ações são permissíveis. Há uma base comum para a determinação de expectativas mútuas. Além do mais, em uma sociedade bem ordenada, regulada de forma efetiva por uma concepção compartilhada de justiça, também há um entendimento comum quanto ao que é justo e injusto.⁷²

As regras, conforme Rawls as trata, têm a seguinte distinção. Elas podem ser: i) *regras constitutivas* de uma instituição tendo em vista que estabelecem seus vários direitos e deveres, entre outros; e ii) *estratégias e regras de conduta*, que são relativas ao modo de como se tirar o melhor proveito da instituição para propósitos particulares. Conforme argumenta Rawls, as *estratégias e regras de condutas racionais*, que em si mesmas não são partes de uma instituição, baseiam-se em uma análise de quais ações permissíveis os indivíduos e grupos vão escolher em vista de seus interesses, crenças e das conjecturas que fazem sobre os planos uns dos outros e, ainda que sejam importantes para a avaliação das instituições e práticas sociais relevantes, não são pertencentes aos sistemas públicos de regras institucionais que as definem. As *regras constitutivas*, por sua vez, são vistas como pertencentes a uma instituição. Nesse sentido, a teoria de uma instituição toma as regras constitutivas como dadas e analisa o modo pelo qual o poder é distribuído, explicando como aqueles engajados nela provavelmente irão se valer de suas oportunidades. Ainda assim,

⁷² Cf. RAWLS, *TJ*, § 10, 58.

Ao projetar ou reformar as organizações sociais devemos, é claro, examinar os esquemas e táticas que ela permite, e as formas de comportamento que tende a encorajar. Idealmente, as regras devem ser fixadas de modo a fazer com que os homens sejam conduzidos por seus interesses predominantes a agir de modos que promovam fins sociais desejáveis. A conduta dos indivíduos, guiada por seus planos racionais, deve ser coordenada tanto quanto possível para atingir resultados que, embora não pretendidos ou talvez nem mesmo previstos por eles, sejam mesmo assim os melhores do ponto de vista da justiça social.⁷³

Ademais, ainda cogente a essa questão, Rawls admite poder-se distinguir entre uma única regra (ou grupo de regras), uma instituição (ou uma parte maior parte dela) e a estrutura básica do sistema social como um todo. A razão disso se centra no fato de que essa regra ou essas regras de uma ordenação podem ser injustas embora o sistema social como um todo não o seja, como ocorre na questão da obediência a uma lei injusta. Rawls tem em mente a injustiça das instituições e o modo como se relacionam entre si, pois sua existência pode compensar de outros modos. Desse modo,

Não só existe a possibilidade de que regras e instituições isoladas não sejam em si mesmas suficientemente importantes, mas também a de que dentro de uma estrutura ou sistema social uma aparente injustiça compense uma outra. O todo é menos injusto do que seria se contivesse apenas uma das partes injustas. Além disso, é concebível que um sistema social possa ser injusto mesmo que nenhuma de suas instituições, tomadas separadamente, ou seja: a injustiça é uma consequência do modo como elas se combinam em um único sistema. Uma instituição pode encorajar e aparentemente justificar expectativas que são negadas ou ignoradas por outra. Essas distinções são bastante óbvias. Elas simplesmente refletem o fato de que na avaliação de instituições

⁷³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 10, 59.

podemos enxergá-las em um contexto mais amplo ou mais restrito.⁷⁴

Com efeito, as instituições têm um aspecto abstrato, como ideia que envolve muitos elementos concretos, e outro aspecto que diz respeito ao pensamento e à conduta, operando em certo tempo e lugar para a busca da justiça. Assim,

Uma instituição existe em um certo tempo e lugar quando as ações especificadas por ela são regularmente levadas a cabo de acordo com um entendimento público de que o sistema de regras que definem a instituição deve ser obedecido. Dessa forma, as instituições parlamentares são definidas por um certo sistema de regras (ou, para permitir variações, por famílias desses sistemas). Tais regras enumeram certas formas de ação, variando desde a realização de uma sessão parlamentar, passando pela votação de um projeto de lei e chegando até ao levantamento de uma questão de ordem. Vários tipos de normas gerais são organizadas em um esquema coerente. Uma instituição parlamentar existe em uma certa época e lugar quando certas pessoas desempenham as ações adequadas, se engajam nessas atividades da forma exigida, com um reconhecimento recíproco do entendimento mútuo de que sua conduta está de acordo com as regras que se devem aceitar.⁷⁵

É, à luz dessa conjuntura teórica que Rawls define institucionalmente o direito, ou seja, como um conjunto de normas públicas. Segundo sustenta, “*o sistema jurídico é uma ordem coercitiva de normas públicas destinadas a pessoas racionais, com o propósito de regular sua conduta e prover a estrutura da cooperação social.*”⁷⁶ Quando essas regras são justas, afirma o autor, elas estabelecem uma base para expectativas legítimas e constituem as bases que possibilitam que as pessoas confiem umas nas outras e reclamem, com razão, quando tais expectativas são frustradas. Num sistema de cooperação social, lembrando o *fair play*, é pertinente e, até certo ponto, necessário que cada uma das partes cumpra a sua parte no esquema geral, o que, de fato, permite que se estabeleça uma base segura para a confiança mútua

⁷⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 10, 60-1.

⁷⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 10, 58-9.

⁷⁶ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 257.

e para as expectativas legítimas. Desse modo, portanto, pode-se concluir que:

Se as bases dessas reivindicações forem incertas, incertos também serão os limites das liberdades dos homens. [...] Pressupondo-se que essas regras são equitativas ou justas, então, basta que um grupo de indivíduos se filie a essas organizações e aceite os benefícios daí resultantes, para que as obrigações decorrentes constituam as bases para expectativas legítimas.⁷⁷

Seguramente, nesse contexto, quando essas regras são justas, elas estabelecem uma base para expectativas legítimas. Ao contrário, se as bases dessas reivindicações forem incertas, ou duvidosas, os limites das liberdades individuais também o serão. Esse aspecto reflete o fundo liberal do pensamento de Rawls, sentido no qual o indivíduo é livre para fazer o que a lei permite: a lei é o espaço da liberdade porque ela é dada pela liberdade.

Retomando a discussão, Rawls aduz que naturalmente outras regras compartilham as características acima indicadas. É assim que as regras de jogos e de associações privadas, entre outras, destinam-se a pessoas racionais tendo em vista modelar suas atividades. Ora, uma vez que essas regras, pressupostamente, sejam justas e equitativas, então, conclui o autor, basta que um grupo de indivíduos filie-se a essas organizações e aceite os benefícios daí resultantes, para que as obrigações decorrentes constituam as bases para expectativas legítimas. Contudo o que distingue um sistema jurídico de outros conjuntos de normas públicas endereçadas a pessoas racionais é sua extensão e abrangência e seus poderes regulares em relação às associações da sociedade. Neste sentido, Rawls aduz que os

[...] organismos constitucionais definidos por esse sistema geralmente têm o monopólio do direito legal de exercer pelo menos as formas mais extremas de coerção. Os tipos de coação que as associações privadas podem empregar são rigorosamente limitados. Além disso, a ordem jurídica exerce uma autoridade final sobre certos territórios bem definidos. Ela é também marcada pela extensa gama de atividades que regula e pela natureza fundamental dos interesses que se destina a assegurar. Essas características simplesmente

⁷⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 258.

refletem o fato de que a lei define a estrutura básica no âmbito da qual se dá o exercício de todas as outras atividades.⁷⁸

O sistema jurídico tem, então, institucionalmente, o monopólio do direito legal de exercer as formas mais extremas da coação, circunscrita a um determinado território. Essa definição, como indicado anteriormente, enfileira-se no lastro de alguns teóricos, entre os quais, de Weber, que definia o direito como o monopólio da coação e da violência, dentro de um determinado território.⁷⁹ Além disso, como visto, a ordem jurídica caracteriza-se pela extensa gama de atividades que regula e pela natureza fundamental dos interesses que se destina a assegurar. Noutros termos, a ordem jurídica tem o poder de regular as demais instituições sociais haja vista a extensão de atividades que regula conjugada aos interesses por ela assegurados.

Além disso, vale dizer que é notável o modo como Rawls administra, no âmbito do sistema jurídico, a relação entre direito e moral. Como arguido, Rawls, e outros pensadores contemporâneos, como Dworkin e Habermas, reinserem certos aspectos de moralidade no direito. No caso de Rawls, isso significa dizer que o direito deve ser norteado pelos princípios de justiça, os quais, mediante a administração regular da justiça, fazem surgir o *estado de direito*, cuja função precípua é proteção das liberdades básicas. Nessa via, no lastreio de Fuller, o direito rawlsiano é caracterizado por algo similar a moralidade interna, sob a via dos princípios de justiça. Conforme sustenta Rawls, esses são efetivamente a base de uma moralidade política, que podem perfeitamente bem serem extensíveis à esfera do direito.⁸⁰

Sem embargo, no lastro de Kelsen e Hart, o direito constitui-se ainda, para Rawls, num sistema público de regras, o qual determina e regula seu próprio funcionamento, que dever ser pautado, em última instância, pela justiça e pela eficiência. É notório que, embora guiado por princípios de justiça, que são morais, estabelecendo, por conseguinte, a sua validade, o direito é uma esfera que é guiada por regras de sua própria estrutura, ainda que norteado por princípios de justiça. Ao ser considerado que uma lei injusta permanece, apesar de sua injustiça, uma lei válida, compreende-se melhor que o direito é responsável por reconhecer, mediante critérios, certos requisitos que

⁷⁸ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 258.

⁷⁹ Cf. WEBER, *Economia e Sociedade*, §2, 526.

⁸⁰ Cf. RAWLS, *TJ*, § 35, 240. Isso quer dizer que, os princípios de justiça, que são o núcleo da moralidade política, também são o núcleo da esfera do direito, como instituição.

conferem validade. Assim, o direito estabelece seus próprios requisitos formais de validade que, em determinadas circunstâncias, podem admitir a existência de ordenações legais injustas.⁸¹

Tendo por base essas ponderações, pode-se perfeitamente bem, doravante, analisar a conceitualização rawlsiana para justiça formal, sem a qual, torna-se difícil compreender os preceitos derivados do estado de direito, dentro de um sistema jurídico.

1.4.1.2 A Justiça Formal ou Justiça como Regularidade

Rawls assinala a distinção entre o que chama de justiça substantiva e justiça formal⁸², sendo a última à adesão a princípios, ou como alguns têm dito, entre os quais, Perelman, a observância ao sistema. Quanto à justiça formal, Dutra afirma que

Na formulação de Rawls, quando uma certa concepção de justiça assume o papel da justiça, definindo direitos e deveres fundamentais, determinando a distribuição de recursos e oportunidades e é aplicada imparcial e consistentemente, tem-se, então, a justiça formal. A justiça formal, assim, independe de princípios substantivos. Ela é aplicada igualmente, mesmo que seus princípios substantivos possam ser injustos, como em um sistema discriminatório. Essa igualdade está implicada na própria noção de direito. Cabe observar que mesmo essa justiça exclui formas significantes de injustiça, pois, através da imparcialidade exigida, ela assegura a segurança. Mesmo com leis injustas é melhor que elas sejam consistentemente aplicadas, pois é melhor do que a arbitrariedade.⁸³

⁸¹ Mais adiante, esse aspecto será apresentado no caso em que, apesar de uma lei ser injusta, os indivíduos tenham moralmente fundado, no dever natural de justiça, de obedecer e acatar essa lei injusta.

⁸² Fuller desenvolveu uma perspectiva congruente entre justiça substantiva e justiça formal. Quanto a isso, Dutra assevera que, para esse autor, “*a justiça substantiva e a formal caminhavam juntas, pois regras injustas dificilmente seriam aplicadas imparcial e consistentemente, pois a vagueza das leis deixaria espaço para a arbitrariedade no caso particular. Portanto, onde o Estado de Direito é respeitado e há segurança jurídica, igualmente se encontra justiça substantiva, ou seja, reconhecimento de direitos e liberdade dos outros e distribuição equitativa de bens.*” Cf. DUTRA, *Justiça Processual e Substantiva na Filosofia Prática Contemporânea*, 135-6.

⁸³ Cf. DUTRA, *op. cit.*, 135.

Rawls sugere a utilização da terminologia *justiça como regularidade* em vez de *justiça formal*. Trata-se, pois, de uma identificação evidente com a finalidade desta tendo em vista que justiça como regularidade traduz melhor a ideia de que é uma administração imparcial, guiada por outra coisa senão por regras. Regularidade, portanto, traduz mais adequadamente essa ideia.

Entretanto, nesse contexto, o sistema jurídico institucionalmente é um sistema público de regras destinado às pessoas racionais para sua orientação, estabelecendo, por conseguinte, bases seguras para as expectativas legítimas. A lei, como uma de suas regras, é concebida, pois, como uma diretriz endereçada a pessoas racionais tendo em vista que estabelece e precisa a liberdade para agir. Institucionalmente, suas regras devem satisfazer os princípios de justiça – que assumiram o papel da justiça, como uma concepção de justiça, de tal forma que fornecem uma atribuição de direitos e deveres fundamentais, bem como determinam a divisão das vantagens advindas da cooperação social.

A administração imparcial e consistente por juízes e outras autoridades de instituições e das leis, independentemente de quais sejam seus princípios fundamentais – ou seja, casos similares são tratados de modo similar, as similaridades e diferenças sendo aquelas identificadas pelas normas existentes. A regra correta definida pelas instituições é regularmente observada e adequadamente interpretada pelas autoridades – é a justiça formal, que, aplicada ao sistema jurídico, faz surgir o *estado de direito* (*rule of law*). Uma vez que a ideia de igualdade é latente a concepção de justiça formal, bem como está implícita na própria noção de lei e de instituição, tem-se que exige que em sua administração as leis e instituições se devam aplicar igualmente àqueles que pertencem às categorias definidas por elas. Assim, a justiça formal é a obediência ao sistema jurídico-político no qual se vive, na esteira de Perelman, é, portanto, a adesão ao princípio.

Para Perelman, assim como para Sidgwick, a justiça formal sugere a todos inevitavelmente uma noção de igualdade, que, como ilustra, desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, alcança certo consenso. Então, a ideia de justiça consiste numa certa aplicação da ideia de igualdade.⁸⁴ Com efeito, a concepção de justiça formal rawlsiana aplica-se diretamente às instituições, e não a pessoas – a não ser de modo indireto –, e especialmente nesse caso, às instituições jurídicas, com o objetivo de garantir e assegurar os direitos fundamentais individuais,

⁸⁴ Cf. PERELMAN, *Ética e Direito*, 14.

estabelecidos, definidos e especificados pelos princípios de justiça, mediante o *estado direito*.

Conforme salienta Rawls, obviamente que o fato de as leis e as instituições serem igualmente executadas, que tratar casos semelhantes de modo similar, não é garantia de não se incorrer em injustiças, pois isso não basta para assegurar a justiça substantiva. A justiça substantiva, segundo Rawls deixa entender, depende dos princípios de acordo com os quais a estrutura básica de uma sociedade é montada. Assim, a justiça substantiva depende dos princípios de justiça, definidos, no caso de Rawls, na posição original.⁸⁵

No entanto ocorre que a justiça formal exclui tipos significativos de injustiça que impediriam violações severas dos princípios de justiça tendo em vista que ao se supor que as instituições sejam razoavelmente justas tem-se que é de grande importância que as autoridades devem ser imparciais e não submetam a influência de considerações pessoais, monetárias ou quaisquer outras irrelevantes ao lidarem com casos particulares. No caso das instituições legais, a justiça formal é um aspecto do *estado de direito* que tem por corolário apoiar e assegurar expectativas legítimas, e como tal, deve evitar a injustiça. Quanto a isso, Rawls afirma que

Um tipo de injustiça é a falha dos juízes e de outras autoridades que não aderem as regras e interpretações adequadas no julgamento de reivindicações. Uma pessoa é injusta na medida em que por caráter e inclinação está disposta a tais ações. Além disso, mesmo nos casos em que as leis e instituições são injustas, muitas vezes é melhor que elas sejam consistentemente aplicadas. Desse modo, aqueles submetidos a elas pelo menos sabem o que lhes é exigido e podem se proteger adequadamente; ao passo que existe uma injustiça ainda maior se os que já estão em desvantagem são tratados de forma arbitrária em casos particulares em que as regras lhes dariam alguma segurança. Por outro lado, ainda pode ser melhor, em casos particulares, aliviar o suplício daqueles que são injustamente tratados através de desvios das normas existentes. Até que ponto

⁸⁵ Como ilustração, Rawls descreve que “*Não há contradição em supor que uma sociedade escravocrata ou de castas, ou alguma outra sociedade que sanciona as formas mais arbitrárias de discriminação, seja administrada de forma equilibrada e consistente, embora isso possa ser improvável.*”. Cf. RAWLS, *TJ*, § 38, 259

temos justificativas para fazer isso, especialmente em detrimento das expectativas fundadas de boa-fé nas instituições vigentes, é uma das questões intrincadas da política de justiça. Em geral, tudo o que se pode dizer é que a força das exigências da justiça formal, da obediência ao sistema, depende claramente da justiça substantiva das instituições e das possibilidades de sua reforma.⁸⁶

A despeito desse aspecto, qual seja, da relação entre a justiça substantiva e a justiça formal, principalmente no que tange a injustiça de leis e instituições, tendo em vista o impedimento de arbitrariedades, Rawls recebe forte influência de Fuller, pois, ao afirmar que alguns dizem que “*na verdade a justiça formal e a justiça substantiva tendem a caminhar juntas, e portanto, pelo menos grosso modo, as instituições injustas nunca, ou pelo menos raramente, são administradas de forma consistente e imparcial*”⁸⁷, Rawls está justamente remetendo-se a este autor. Fuller, de fato, desenvolveu uma perspectiva congruente entre justiça substantiva e justiça formal.⁸⁸ Quanto a isso, Dutra assevera que, para esse autor,

[...] a justiça substantiva e a formal caminhavam juntas, pois regras injustas dificilmente seriam aplicadas imparcial e consistentemente, pois a vagueza das leis deixaria espaço para a arbitrariedade no caso particular. Portanto, onde o Estado de Direito é respeitado e há segurança jurídica, igualmente se encontra justiça substantiva, ou seja, reconhecimento de direitos e liberdade dos outros e distribuição equitativa de bens.⁸⁹

Embora inicialmente Rawls apontasse para certa reticência em relação à afirmação do entrelaçamento da justiça substantiva com a justiça formal, isso se dava porque àquela altura não havia ainda a determinação dos princípios razoáveis da justiça substantiva, bem como as condições em que os homens os escolhem e vivem de acordo com eles. Uma vez que na posição original escolhem-se esses princípios, é, por conseguinte, conquanto que se endosse a concepção de justiça que estabelecem, possível estabelecer os vínculos entre a justiça substantiva

⁸⁶ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 259

⁸⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 259

⁸⁸ Cf. FULLER, *The Morality of Law*, 184-6.

⁸⁹ Cf. DUTRA, *Justiça Processual e Substantiva na Filosofia Prática Contemporânea*, 135-6.

e a justiça formal. Certo é que o conteúdo dos princípios da justiça determina a justiça substantiva. E, assim, a justiça formal atua na administração imparcial do que preceitua estes princípios. Quando a justiça formal é aplicada ao sistema jurídico, surge o *estado de direito*.

O estado de direito é, então, o resultado da aplicação ao sistema jurídico da concepção formal da justiça.⁹⁰ Este estado de direito, no entender de Rawls, está intimamente relacionado com a liberdade, visto que esta relação é evidenciada quando se considera a noção de sistema jurídico e de sua íntima conexão com os preceitos que definem a justiça formal.⁹¹

1.4.1.3. O Estado de Direito ou o Império da Lei (Rule of Law)

Como visto acima, o *estado de direito (rule of law)*, para Rawls, é a transformação da aplicação da justiça formal, que é equitativa, ao sistema jurídico, tendo em vista que o intento do autor é apontar para perspectiva de que os direitos individuais, especialmente a prioridade da liberdade, são objeto primário de sua proteção.

Notoriamente, esse conceito de *estado de direito*, forjado nas fileiras do kantismo, permite, pois, estabelecer a forma do Direito que, *grosso modo*, é correspondente, preservadas as devidas particularidades, ao conceito de legalidade weberiano, isto é, ao monopólio legítimo da coação.⁹² De tal forma, a legalidade, característica fundamental do *estado de direito*, que é o resultado da aplicação da justiça formal ao sistema jurídico, é o que determina a forma do direito, na teoria de Rawls. Portanto, a forma do Direito kantiana, em Rawls, é dada pelo conceito de *estado de direito*, que pode ser também entendido como a legalidade, haja vista ser a legalidade uma das características do *estado de direito* segundo o filósofo. Desse modo, é permitido dizer que os preceitos do *estado de direito* são, inequivocamente, qualificações do sistema jurídico na teoria rawlsiana, através do qual se divisa a forma do direito.⁹³ Evidentemente, para Rawls, existe uma íntima relação entre o

⁹⁰ Cf. RAWLS, *TJ*, § 38, 257.

⁹¹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 258.

⁹² Cf. DUTRA, *Justiça Processual e Substantiva na Filosofia Prática Contemporânea*, 135.

⁹³ Como ilustração, Rawls aduz que um tipo de injustiça decorrente do desempenho não correspondente às regras preceituadas que determinam a função do sistema jurídico é “[...] a incapacidade, por parte de juízes e de outras autoridades, de aplicar a regra apropriada ou de interpretá-la de forma correta. No que diz respeito a esse assunto, é mais esclarecedor pensar não em violações flagrantes, como por exemplo, o suborno e a corrupção, ou o abuso do sistema jurídico para punir inimigos políticos, mas sim em distorções sutis causadas por

estado de direito e a liberdade expressada, sobretudo, quando se considera o sistema jurídico e a profunda conexão com os preceitos que definem a justiça formal.⁹⁴

Uma vez que se entenda, decerto, que o sistema jurídico é um sistema de normas públicas dirigidas a pessoas racionais, segundo Rawls, pode-se explicar e explicitar os princípios da justiça associados aos preceitos que definem o *estado de direito* os quais, enfatiza Rawls, “*são os que seriam seguidos por qualquer sistema de regras que incorporasse perfeitamente a ideia de um sistema jurídico.*”⁹⁵ Certamente, e esse é um aspecto relevante a ser considerado, não se espera e nem equivale a dizer que as leis concretas necessariamente satisfazem esses preceitos em todos os casos, pois aqui se encontra não mais na teoria ideal, mas na teoria não-ideal, onde a sociedade concreta encontra imperfeições. Trata-se, pois, de uma sociedade quase justa, que difere daquela sociedade bem ordenada, da teoria ideal, em que não ocorrem violações severas dos princípios da justiça e todos cumprem com a sua fração na cooperação social. Nesse sentido, porque esses preceitos derivam de uma noção ideal, espera-se que as leis aproximem-se dele, senão em todos os casos, mas, na maioria das vezes.

Inversamente, se os desvios em relação à justiça formal – justiça como regularidade – forem muito difundidos, é permissível, afirma Rawls, questionar e indagar se de fato o que se tem é um sistema jurídico e não apenas uma coleção de ordens particulares da qual o proveito é a proteção e a promoção dos interesses de um ditador ou o ideal de um déspota benevolente. Essa é uma questão séria uma vez que tem claro que o presente *estado de direito*, alinhado a um sistema jurídico, é destinado a uma sociedade democrática, constitucionalmente amparada.⁹⁶ Embora Rawls argumente que, para essa questão, não existe uma resposta clara, ele, contudo, afirma que a razão de se pensar numa ordem jurídica como sistema de normas públicas está no fato de que essa condição permite deduzir os preceitos associados com o estado de

preconceitos e predisposições, uma vez que essas atitudes realmente discriminam certos grupos no processo judicial.” Cf. RAWLS, TJ, § 38, 257.

⁹⁴ Rawls sugere o termo justiça como regularidade por ser mais sugestivo, isto é, estar mais de acordo com o cumprimento das regras. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 257.

⁹⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 258.

⁹⁶ Nesse ponto, vale dizer que, a partir do que preceitua Rawls, pode haver estado em que não se preserva a liberdade, isto é, estados sem direito. Diametralmente, e nesse sentido argui, quanto um estado age na proteção das liberdades iguais fundamentais, especificadas, sobretudo pelo primeiro princípio, esse estado passa a ser um estado de direito, e ainda, democrático, pois destina-se a uma democracia constitucional.

direito, que numa sociedade democrático-constitucional, é também denominado de princípio da legalidade.

Ora, pode-se dizer que, em circunstâncias iguais, uma ordem jurídica é administrada justamente, mais que qualquer outra, se ela satisfizer mais perfeitamente os preceitos do estado de direito, isto é, ela será tanto mais justa quanto mais de acordo com a legalidade ela estiver. A legalidade, nesse caso, é uma característica do sistema jurídico que surge, como visto, quando se lhe aplica a justiça formal – justiça como regularidade. Assim sendo, Rawls afirma que o *estado de direito* fornecerá

[...] uma base mais segura para a liberdade e um meio mais eficaz de organizar esquemas de cooperação. Todavia, pelo fato de garantirem apenas a administração imparcial e regular das regras, independentemente do que venham a ser, esses preceitos são compatíveis com a injustiça. Impõem limites tanto vagos à estrutura básica, mas limites que não são de modo algum desprezíveis.⁹⁷

Dimana então, que o estado de direito, embora vagamente, limita a estrutura básica da sociedade de tal forma a dirimir a injustiça e a aplicação desigual da lei bem de estatutos jurídicos de um modo geral, diante dos direitos individuais, o objeto primário de proteção do estado de direito.⁹⁸

No trato dado a esta temática, assegurando a proteção dos direitos individuais no seio de uma sociedade democrática, Rawls postula os seguintes preceitos como pertencendo ao *estado de direito*, mais amiúde: i) o preceito dever implica poder; ii) o preceito casos semelhantes devem receber tratamentos semelhantes; iii) o preceito de que não há ofensa sem lei; e iv) os princípios da justiça natural. Esses preceitos são válidos como regras e princípios para o sistema jurídico, que, de certo modo, regula as demais instituições da estrutura básica da sociedade. Por conseguinte, são diretrizes que garantem a legalidade da ordem jurídica.

No que se refere ao primeiro preceito elencado, qual seja, o princípio segundo o qual *dever implica poder*, Rawls argumenta que ele faz emergir algumas características elementares do sistema jurídico, a saber: i) de acordo com a primeira delas, as ações exigidas ou proibidas

⁹⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 259.

⁹⁸ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 257.

pelo estado de direito devem ser do tipo que seja razoável supor que os homens podem fazer ou evitar. Assim deve ser porque um sistema de regras destinadas a pessoas racionais para organizar sua conduta deve estar preocupado com o que essas pessoas podem ou não fazer. De fato, argumenta Rawls, um sistema jurídico “*não deve impor um dever de fazer o que não é possível fazer*”⁹⁹; ii) a segunda característica, evidenciada na ideia de que o *dever implica poder*, transmite a noção de que aqueles que estabelecem as leis e dão ordens a fazem de boa fé. Segundo Rawls, leis e ordens são aceitas como tal apenas se existe a crença de que podem ser obedecidas e executadas, pois, “[...] *Se houver dúvidas quanto a isso, é de se presumir que as ações das autoridades têm algum outro propósito que não o de organizar a conduta dos cidadãos.*”¹⁰⁰; iii) a terceira característica, por fim, expressa, segundo Rawls, a exigência de que um sistema jurídico deve reconhecer a impossibilidade de execução e obediência como uma defesa, ou pelo menos, caso não o possa, que seja considerado como um atenuante. A razão para tal, argumenta o autor, é a de que, ao impor regras, “*um sistema jurídico não pode considerar a incapacidade para a execução como algo irrelevante*”¹⁰¹ posto que, contrariamente, “*um fardo insuportável para a liberdade se a possibilidade de sofrer sanções não se limitasse normalmente a atos cuja execução ou não execução está em nosso poder.*”¹⁰²

O *estado de direito* é, ainda, envolvido pelo preceito da isonomia, ou seja, o de que *casos semelhantes devem receber tratamento semelhante*. Para Rawls, a importância desse preceito está no fato de que, sem ele, as pessoas não poderiam regular suas ações por meio de regras porquanto, embora Rawls admita que as próprias regras jurídicas forneçam critérios de semelhança assim como os princípios para interpretá-las, esse preceito limita significativamente a discricção dos juízes, no caso desses se encontrarem diante de alguma *lacuna do direito*, como Dworkin denomina, que exija seu poder discricionário, e de outros que ocupam cargos de autoridade. Assim posto, esse preceito força essas autoridades legais “*a fundamentar as distinções que fazem entre pessoas, mediante uma referência aos princípios e regras legais*

⁹⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 259.

¹⁰⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 259.

¹⁰¹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 259-60.

¹⁰² Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 259-60.

pertinentes.”¹⁰³ Sob esse aspecto, esse preceito, do sistema jurídico coloca em relevo a coerência, pois,

Em qualquer caso particular, se as regras forem algo complicadas e pedirem interpretação, pode ficar fácil justificar uma decisão arbitrária. Mas, à medida que o número de casos aumenta, torna-se mais difícil construir justificações plausíveis para julgamentos tendenciosos. A exigência de coerência vale naturalmente para a interpretação de todas as regras e para justificativas em todos os níveis. Fica, por fim, mais difícil formular os argumentos racionais para julgamentos discriminatórios, e a tentativa de fazê-lo torna-se menos convincente. Esse princípio vale também em casos de equidade, isto é, quando se deve abrir uma exceção porque a regra estabelecida causa uma dificuldade inesperada. Mas com a seguinte ressalva: uma vez que não há uma linha definida separando esses casos excepcionais, chega-se a um ponto, como nas questões de interpretação, em que praticamente qualquer diferença fará uma diferença. Nesses casos, se aplica o argumento de autoridade, e é suficiente a autoridade do precedente ou do veredicto conhecido.¹⁰⁴

Dworkin mesmo considera, na interpretação na qual faz do direito, a coerência com suma importância, pois dela depende a integridade do direito. Isto é, diante de casos em que as regras jurídicas são insuficientes por não haver uma resposta no ordenamento jurídico através das leis, casos em que o juiz deve usar seu poder discricionário, ele deve fazê-lo tendo em conta a coerência com os princípios tomados por fundamento, mantendo a integridade do ordenamento jurídico. Assim, segundo Dworkin, “*coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio.*”¹⁰⁵

¹⁰³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 260.

¹⁰⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 260. Talvez seja pertinente referir que essa análise a qual Rawls faz calca-se naquela que Fuller desenvolveu em *Anatomy of the Law*, 1969.

¹⁰⁵ Cf. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, 139.

Ademais, num artigo que produziu no qual vê e interpreta Rawls como um jurista¹⁰⁶, Dworkin afirma que as ideias do autor direcionam-se, quanto a isso, no mesmo sentido em que sua tese, pois

[...] considera que as pessoas têm o direito não apenas àquilo que as instituições legislativas determinam especificamente, mas também à elaboração baseada em princípios de tais determinações. A coerência é a melhor proteção contra a discriminação.

[...] Observa-se a ênfase de Rawls na complexidade como uma limitação em si mesma, e sua insistência em que a coerência se aplica [...] a ‘todas as normas [...] em todos os níveis.’¹⁰⁷

A essa altura, a conclusão de Dworkin é a de que os cidadãos ficam mais bem protegidos contra a arbitrariedade¹⁰⁸ e a discriminação quando os juízes que interpretam o direito e elaboram-no nos casos difíceis, nas lacunas do direito, são responsáveis pela coerência, e enfatiza, não meramente com doutrinas específicas, mas, com a coerência baseada em princípios que abrangem toda a estrutura do direito.¹⁰⁹ É bem verdade que Dworkin, ao criticar o poder discricionário do juiz, defendido larga e abertamente pelos positivistas, entre os quais Hart, persiste na distinção entre regras, princípios e políticas e sustenta que, quando inexisterem regras claras disponíveis, são os princípios que, com base na integrada e na coerência, devem inspirar e orientar os juízes, principalmente no respeito aos casos difíceis.¹¹⁰

O *estado de direito*, assim como o sistema jurídico, é determinado ainda pelo preceito da legalidade, expresso na noção de que *não há ofensa sem lei (nullum crimen sine lege)*. Segundo Rawls, do ordenamento jurídico, espera-se as seguintes ações: i) que as leis sejam conhecidas e expressamente promulgadas; ii) que seu significado seja claramente definido; iii) que os estatutos sejam genéricos tanto na forma quanto na intenção e que não sejam usados como um meio de prejudicar

¹⁰⁶ Tal artigo, reunido, organizado e publicado no livro *Justiça de Toga*, por Dworkin, será discutido adiante quando se pensar na concepção da direito resultante da obra de Rawls.

¹⁰⁷ Cf. DWORKIN, *Justiça de Toga*, 353-4.

¹⁰⁸ Para Perelman, no que diz respeito à discricionariedade judicial, “*uma distinção será considerada arbitrária quando não se puder indicar motivo evidente ou funcional, conforme à natureza das coisas, razoável, relevante e, pelo menos, não desarrazoado, que permita justificá-la.*” Cf. PERELMAN, *Ética e Direito*, 216.

¹⁰⁹ Cf. DWORKIN, *Justiça de Toga*, 354.

¹¹⁰ Cf. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, 23-72 (especialmente 35-46).

determinados indivíduos que podem ser expressamente nomeados (decretos confiscatórios); iv) que infrações mais graves sejam interpretadas estritamente; e, v) que as leis penais não sejam retroativas em detrimento daqueles aos quais se aplicam.

De acordo com Rawls, essas exigências do preceito de que *não há ofensa sem lei* estão todas implícitas na noção de regulamentação do comportamento por normas públicas, uma vez que,

[...] se, por exemplo, as leis forem claras em suas injunções e proibições, o cidadão não sabe como se comportar. Além disso, embora possa haver ocasionalmente normas confiscatórias ou retroativas, elas não podem constituir características comuns ou típicas do sistema, caso contrário conclui-se que ele tem outro propósito. Um tirano pode mudar uma lei sem aviso prévio, e conseqüentemente punir (se é que essa é a palavra correta) seus súditos, porque sente prazer em ver quanto tempo eles levam para descobrir, mediante a observação das penalidades que lhes são infringidas, quais são as novas regras. Essas regras, porém, não constituiriam um sistema jurídico, uma vez que não serviriam para organizar o comportamento social por meio do fornecimento de uma base para expectativas legítimas.¹¹¹

Torna-se claro que, através do preceito da legalidade, o estado de direito como elemento distintivo do sistema jurídico, deva prover e promover, através da regulação social, uma base sólida e segura para as expectativas legítimas, aquelas que são calcadas na cooperação social, que derivam de uma concepção de justiça distributiva, quando cada qual, cada membro de uma sociedade democrática cumpre com a sua parte no quinhão social.¹¹²

Por fim, Rawls argumenta que o estado de direito é, ainda, determinado pelos preceitos que definem a justiça natural, os quais devem, dentro do ordenamento jurídico, assegurar que a ordem jurídica seja imparcial e regularmente mantida. Segundo Rawls, esses preceitos

¹¹¹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 38, 260-1.

¹¹² É evidente que, para Rawls, exista uma ligação entre as expectativas legítimas e a legislação penal. Esse tópico será considerado mais a frente.

são concebidos para preservar a integridade do processo jurídico. Nesse aspecto, Rawls está seguindo a análise de Hart.¹¹³

Agindo segundo esses preceitos que definem a justiça natural, Rawls argumenta no sentido de assegurar a proteção da liberdade ao estabelecer que os órgãos penais, dentro do sistema jurídico, devam respeitar, para a imputação de penas, certamente depois de respeitadas todas as normas para averiguação da culpa e do cometimento de uma infração ou qualquer ato delituoso, o devido processo. Uma vez que Rawls afirma, valendo-se de Hart, que essa ideia decorre de um senso de justiça natural tradicional, pode-se remeter aos princípios processuais presentes na cultura jurídica anglofônica para estabelecer as bases desses preceitos da justiça natural.

De fato, Hart afirma que os preceitos da justiça natural, no âmbito do direito, são também conhecidos como os *princípios processuais*, e que aqueles como ‘*audi alteram partem*’ ou ‘*ninguém pode ser juiz em causa própria*’ são concebidos como exigências da justiça. Assim é porque eles afiançam imparcialidade ou objetividade, tendo em vista que são concebidos para assegurar que o direito seja aplicado a todos aqueles – e só aqueles – que são semelhantes no aspecto relevante fixado pelo próprio direito.¹¹⁴

Ademais, Rawls entende que, “*se as leis são diretrizes endereçadas a pessoas racionais para sua orientação, os tribunais devem preocupar-se com a aplicação e imposição dessas regras da maneira apropriada*”¹¹⁵, posto que, desse modo, estariam agindo de maneira a proteger e garantir os direitos fundamentais dos membros dessa sociedade. É, pois, nesse sentido que se entende que, com base nesses preceitos da justiça natural, “*deve haver um esforço escrupuloso para determinar se houve uma infração e para impor a pena correta.*”¹¹⁶, haja vista que seria um fardo insuportável para a liberdade o sofrimento de sanções de modo arbitrário e sem a lisura de um processo íntegro, imparcial e justo.¹¹⁷ Em resumo, Rawls está a falar de exigências mínimas estabelecidas pelos preceitos da justiça natural, validando todo o procedimento para que o processo possa ser legítimo, imparcial e de acordo com a justiça.

¹¹³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 261-2.

¹¹⁴ Cf. HART, *O Conceito de Direito*, 175.

¹¹⁵ Cf. RAWLS, *TJ*, § 38, 261-2.

¹¹⁶ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 261-2.

¹¹⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 259-60.

Desse modo, Rawls faz as seguintes distinções, posto que um sistema jurídico deve: i) estabelecer disposições para a condução ordenada de julgamentos e audiências; ii) conter normas quanto às provas, garantindo procedimentos racionais de informação; iii) exige, por meio do estado de direito, embora haja variações quanto a esses procedimentos, alguma forma de processo devido, isto é: um processo razoavelmente concebido para verificar a verdade, de modo coerente com os outros objetivos do sistema jurídico, para se saber se ocorreu uma violação e em quais circunstâncias. Como ilustração, Rawls dá o seguinte exemplo:

[...] os juízes devem ser independentes e imparciais, e ninguém pode julgar em causa própria. Os julgamentos devem ser justos e abertos, mas não ser influenciados pelo clamor público. Os princípios da justiça natural devem assegurar que a ordem jurídica seja imparcial e regularmente mantida.¹¹⁸

Do exemplo dos juízes, podem-se abstrair algumas preciosas implicações para o sistema jurídico. Entre elas, pode-se afirmar que os juízes devem ser independentes e imparciais, jamais podendo, como se observa, julgar em causa própria, no sentido que Hart aduz, acima exposto. Além disso, os julgamentos devem ser justos e abertos, mas não podendo ser influenciados pelo clamor público.

Esses preceitos que definem o estado de direito estão claramente em íntima conexão com a liberdade. Uma vez que se entenda, como foi visto, que a liberdade é um complexo de direitos e deveres definidos pelas instituições, “*as várias liberdades especificam coisas que podemos escolher fazer, pelo que, quando a natureza da liberdade o exige, os outros têm o dever de não interferir.*”¹¹⁹ Esse aspecto, conforme apontado, é semelhante aquela caracterização desenvolvida por Montesquieu da liberdade como sendo permissível ser feito tudo o que, dentro dos limites da lei, sob a égide da não intervenção alheia assim como estatal, ela permitir ser feito. É nesse sentido que se entende a afirmação categórica de Rawls de que, uma vez que não seja respeitado o preceito do estado de direito de que não há ofensa sem lei através da imprecisão e vagueza das leis, o que se tem a liberdade de fazer, ou não, fica igualmente vago e impreciso. Dito de outro modo, se uma lei for imprecisa e incerta, esclarece Rawls, a liberdade para agir dentro da

¹¹⁸ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 261-2.

¹¹⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 262.

estrutura básica da sociedade também será imprecisa e incerta, ficando limitado o exercício da liberdade por um tempo razoável, e, conseqüentemente, não haverá meios que possibilitem a criação de uma base para expectativas legítimas.¹²⁰

Obviamente, a relação com a liberdade dá-se também com os outros preceitos do estado de direito.¹²¹ Rawls indica que o mesmo tipo de consequência ocorre quando os demais preceitos do estado de direito não são respeitados, isto é, fica comprometido e limitado o exercício da liberdade. Assim,

O mesmo tipo de consequência decorre se casos semelhantes não são tratados de maneira semelhante, se o processo judicial não tem a honestidade indispensável, se a lei não reconhece a impossibilidade de adimplemento como defesa, e assim por diante. O princípio da legalidade tem, então, um fundamento firme na decisão consensual de pessoas racionais que querem estabelecer para si mesmas o grau máximo de liberdade igual. Para terem confiança na posse e exercício dessas liberdades, os cidadãos de uma sociedade bem ordenada geralmente querem que o estado de direito seja mantido.¹²²

Uma discussão interessante, e, diga-se de passagem, relevante para a presente temática, é indicada por Rawls numa nota, e diz respeito à questão da liberdade e do direito. Rawls traz essa discussão à tona quando afirma que se pode ventilar se essa visão, que estabelece centrada na liberdade, vale para todos os direitos, como aquele que menciona ao tratar do exemplo dado por Hart¹²³, qual seja, o direito de

¹²⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 262.

¹²¹ Talvez seja interessante pontuar, conforme salienta Solum, que encontra-se ausente na definição rawlsiana de estado de direito (*rule of law*) a exigência, por parte desse, de que o governo e os oficiais estão sujeitos à lei. Assim, segundo prossegue, poderia ser adicionada à formulação de Rawls a ideia de que o governo, nos termos da lei, que as ações do governo ou de seus funcionários, devam estar submetidas às regras gerais e públicas. Disso se segue que, por um lado, os funcionários governamentais não devem estar acima da lei, e por outro lado, que a legalidade da ação por parte do governo, deve estar sujeita a avaliações por tribunais independentes. Cf.

SOLUM: http://www.uslaw.com/library/Academic/Legal_Theory_Lexicon_Rule_Law.php?item=919063 acessado em 14/07/11. É conveniente lembrar que Rawls entende que o princípio da equidade estabelece vínculos voluntários, bem como obriga indivíduos que ocupam cargos públicos.

¹²² Cf. RAWLS, *TJ*, § 38, 262.

¹²³ O texto que Rawls cita é o seguinte: HART, *Philosophical Review*, vol. 64, p. 179, conforme apontado na nota 23, do §38. Cf. RAWLS, *op. cit.*, 677.

se apropriar de alguma coisa que não foi reclamado por ninguém. No contexto dessa discussão, Rawls não faz prolongamentos, mas toma a posição de que a afirmação de que os direitos especificados pela liberdade sejam suficientemente verdadeiros para o que propõe. Ademais, Rawls argumenta que

Embora alguns dos direitos básicos sejam analogamente direitos de competição, como poderíamos chamá-los – por exemplo, o direito de participar de atividades públicas e influenciar as decisões políticas tomadas –, ao mesmo tempo todos têm um dever de conduzir-se de determinada maneira. Esse é um dever de uma conduta política equitativa, por assim dizer, e violá-lo constitui uma espécie de intrometimento. Como vimos, a constituição visa a estabelecer uma estrutura na qual os direitos políticos que são exercidos equitativamente e têm seu valor equitativo tendem a conduzir a uma legislação justa e eficaz. [...] Dito de outra maneira, o direito pode ser descrito como o direito de se tentar fazer alguma coisa em circunstâncias especiais, circunstâncias essas que permitem a rivalidade equitativa de outros. Um processo não-equitativo torna-se uma forma característica de intrometimento.¹²⁴

Note-se a distinção que Rawls faz no que diz respeito aos *direitos básicos*. Desse modo, Rawls distingue que, apesar de haverem *direitos de competição*, entre os direitos básicos, como o direito de participar de atividades públicas e influenciar as decisões políticas tomadas, no esquema de cooperação social, todos tem um dever de conduzir-se de determinada maneira. Desse modo, o que está em questão é que para cada direito, visto do prisma individual, num esquema cooperativo, há um dever, que se coloca no sentido social. Assim, o binômio *direito-dever* coloca-se no mesmo nível embora o *dever*, por assegurar integridade ao esquema da cooperação, tenha mais proeminência. No caso em questão, a violação desse dever configura uma intromissão na liberdade alheia, portanto, no direito de outrem tendo em vista que ferir um dever. O cumprimento dos deveres, pode-se

¹²⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, 677.

arguir, assegura na cooperatividade os direitos, tendo em vista não o mérito moral, mas as expectativas legítimas.¹²⁵

Ainda, vinculado aos *direitos de competição*, entre os *direitos básicos*, Rawls enfatiza que o direito (*right*) pode, então, ser descrito como direito (*right*) de se tentar fazer alguma coisa em circunstâncias especiais, as que permitem a rivalidade de outros, de forma equitativa, justa.¹²⁶ A intromissão, o desrespeito e intervenção à liberdade, nesse caso, seria um processo não-equitativo por não assegurar igualmente as condições de uma justa competição.

A conexão entre o estado de direito e a liberdade, segundo Rawls, pode ser avaliada, ainda, por um viés diferente, que o aproxima de Hobbes.¹²⁷ Numa sociedade bem ordenada, os poderes coercitivos do governo são necessários para a estabilização da cooperação social haja vista que, embora os indivíduos saibam que partilham um senso comum de justiça e que cada um quer aderir às ordenações e instituições existentes, eles nem sempre podem ter plena confiança em seus pares. Isso porque podem suspeitar que alguns não estejam cumprindo com sua parte no esquema geral de cooperação social e, desse modo, sentirem-se tentados a não fazer a parte que lhes caiba. Nesse sentido,

A generalização dessa tendência pode eventualmente causar o colapso do esquema. A suspeita de que outros não estejam honrando seus deveres e obrigações aumenta com o fato de que, na ausência da interpretação autoritária e da imposição das regras, é particularmente fácil encontrar desculpas para infringi-las. Assim, mesmo em condições razoavelmente boas, é difícil imaginar, por exemplo, um sistema voluntário de imposto sobre a renda que funcione bem. Esse tipo de ordenação é instável.¹²⁸

¹²⁵ A questão dos deveres, sobretudo, dos deveres naturais, será discutida na abordagem desenvolvida em torno da obediência ao direito.

¹²⁶ No original, em inglês, Rawls assim escreve: “*Put another way, the right can be redescribed as the right to try to do something under specified circumstances, these circumstances allowing for the fair rivalry of others.*” Assim, ao afirmar que o direito é o direito de se fazer alguma coisa em circunstâncias especiais, Rawls está, na verdade, falando que, de acordo com a liberdade individual, algum indivíduo pode, ou não, fazer algo que lhe aprouver, isto é, tem o direito de fazer alguma coisa, numa circunstância especial. É notório, no que concerne aos direitos de competição, eles devem ser equitativos, no sentido de permitir uma rivalidade equitativa sob pena de, caso contrário, comprometer a equidade da cooperação social. Cf. RAWLS, *A Theory of Justice*, § 38, 239.

¹²⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 263.

¹²⁸ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 262-3.

Para que essa instabilidade não ocorra e nem se generalize, Rawls enfatiza que o “*papel de uma interpretação pública das leis legítima, apoiada em sanções coletivas, é precisamente o de superar essa instabilidade*”¹²⁹, o que, de fato, só efetivamente ocorre por meio de um sistema público de regras em que o governo afasta os motivos para se pensar que os outros não estão observando as regras, isto é, cabe ao ordenamento jurídico o papel dessa interpretação pública legítima das leis. Rawls conclui, então, que é

Por essa razão pura e simples, presume-se que um poder soberano coercitivo seja necessário, mesmo quando numa sociedade bem ordenada as sanções não sejam severas e talvez nunca precisem ser impostas. Em vez disso, a existência de um aparelho penal eficaz funciona como garantia nas relações entre os homens.¹³⁰

É pela via de um poder soberano coercitivo que, mesmo dentro de uma sociedade bem ordenada, se justifica a existência de um ordenamento jurídico formado por um complexo de regras e normas públicas endereçado a pessoas racionais, vinculado à proteção e garantia da liberdade, tendo em vista o estabelecimento de expectativas legítimas. Esse ponto relaciona-se com a obediência ao direito, pois pela via da coerção, e tendo-se presente o que se protege, reforça-se nos indivíduos o desejo de cumprir com os encargos devidos.

Quando finalizava a explanação acerca do estado de direito, Rawls salientou que, quando montam um sistema de sanções, as partes na convenção constituinte devem ponderar suas desvantagens, que são de duas espécies, segundo afirma o filósofo: i) a necessidade de cobrir os custos da manutenção do organismo (como exemplo, por meio de impostos); e, ii) o perigo para a liberdade do cidadão representativo, medido pela probabilidade de que essas sanções venham a interferir erroneamente em sua liberdade.

Para Rawls, a criação de um ordenamento coercitivo é racional somente se essas desvantagens forem menores do que a perda da liberdade causada pelas instabilidades. Com isso, Rawls quer dizer que o aparato jurídico é um elemento que atua na estabilização social. Assim sendo, e uma vez que na convenção constituinte as partes escolheriam um aparato jurídico para integrar sua sociedade como uma instituição, a melhor ordenação para um sistema jurídico é aquela que minimiza as

¹²⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 263.

¹³⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 263.

duas espécies de riscos acima descritas, isto é, o melhor sistema jurídico é aquele que, por um lado, não onera demasiadamente a sociedade com os custos para sua manutenção, e, por outro, quando sua existência é de tal modo concatenada que dirima os perigos para a liberdade, através de sanções. Ademais, em condições iguais, está claro que os perigos para a liberdade são menores quando a lei é administrada imparcial e regularmente conforme a legalidade.

Os cidadãos de uma sociedade bem ordenada poderiam portar-se de um modo tal que não requisitasse a existência de um sistema jurídico, ou algo se assemelhasse a ele, em termos institucionais. Contudo, há por parte de Rawls, o entendimento de que se um mecanismo coercitivo é necessário, é obviamente essencial definir com precisão a modalidade de suas operações, pois conhecendo aquilo que penaliza, aquilo que proíbe e sabendo que está em seu alcance praticá-lo ou não praticá-lo, os cidadãos podem fazer seus planos de acordo com esta situação. É esse o sentido da afirmação de que um indivíduo “*que obedece as normas conhecidas não precisa temer uma violação de sua liberdade.*”¹³¹ Evita-se, por meio de tais exigências, uma conotação tirânica materializada no ordenamento jurídico, que seria opressora da liberdade, em vez de deter-se e centrar-se na proteção das liberdades individuais, o ponto de toque com a liberdade por parte do ordenamento jurídico justo, isto é, aquele que é resultado da aplicação da justiça formal, caracterizado pelo estado de direito.

1.4.1.4. Considerações sobre a Lei e a Lei Penal

Rawls estabelece, ao longo de *Uma Teoria da Justiça*, uma série de considerações sobre a lei e a lei penal, de tal sorte que é possível estabelecer algumas considerações sobre as mesmas. Novamente, como o que ocorre em relação ao direito, deve-se alertar que não se pretende afirmar que Rawls oportuniza uma teoria do direito em seu sentido *stricto*, especialmente, uma teoria sobre o direito penal, mas apenas ressaltar as importantes considerações que desenvolveu que tocam esse tópico, tendo em conta a importância de sua teoria da justiça.

No bojo da discussão sobre o sistema jurídico, é possível estabelecer uma noção rawlsiana do conceito de lei. Para Rawls, na conjuntura apresentada em *Uma Teoria da Justiça*, as leis podem ser entendidas como diretrizes endereçadas a pessoas racionais para sua

¹³¹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §38, 264.

orientação¹³², dentro da estrutura básica da sociedade, supondo-se que se trate de uma sociedade bem ordenada, uma vez que esta definição dá-se a partir da teoria ideal. A lei, que é decorrente da fase legislativa da sequência de quatro estágios, deve estar em consonância com as especificações daqueles princípios que as partes, na posição original, deliberaram como sendo os mais adequados para realizar a liberdade e igualdade. Sendo assim, deve expressar e refletir a concepção de justiça, deliberada na posição original.

Disso, tem-se que a lei define a conduta dos indivíduos, concebidos como pessoas racionais, conforme apontado inicialmente. Note-se que, como Rawls se faz entender, é a lei, mediante o ordenamento jurídico como um todo, que define a estrutura básica da sociedade, no âmbito da qual se dá o exercício de todas as demais atividades.¹³³ É definindo, pois, a estrutura básica da sociedade, que o ordenamento jurídico, mediante a legislatura, estabelece os parâmetros da conduta justa do indivíduo.

Os deveres e obrigações jurídicos, numa sociedade bem ordenada, são estabelecidos, segundo Rawls, pelo conteúdo da lei, à medida que este é determinável.¹³⁴ Se uma lei for imprecisa e incerta, esclarece Rawls, a liberdade para agir dentro da estrutura básica da sociedade também será imprecisa e incerta¹³⁵ e, conseqüentemente, não haverá meios que possibilitem a criação de uma base para expectativas legítimas. Em decorrência, “*se as leis são diretrizes endereçadas a pessoas racionais para sua orientação, os tribunais devem preocupar-se com a aplicação e imposição dessas regras da maneira apropriada*”¹³⁶, através do sistema jurídico que se encarrega de realizar o estado de direito, em cuja função a lei é um dos cruciais instrumentos.

É notório que o modelo teórico de Rawls admita que uma lei possa ser injusta, tendo em vista que é um caso da *justiça procedimental imperfeita*¹³⁷, que, conforme se verá com mais cuidado, embora o

¹³² Cf. RAWLS, *op. cit.*, §38, 261-2

¹³³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §38, 258

¹³⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §52, 387

¹³⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §38, 262

¹³⁶ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §38, 261

¹³⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 14, 91-5. O exemplo característico usado por Rawls para ilustrar a justiça procedimental imperfeita é o processo criminal, para cujo resultado justo, inevitavelmente, é impossível estabelecer garantia e precisão, pois não há como determinar as regras legais de modo que elas conduzam a um resultado justo, apesar de o procedimento ser. Assim, pode haver casos em que um réu que não tenha cometido crime algum seja condenado, e casos em que o réu, que cometeu algum crime, seja absolvido, pois mesmo que a lei seja

procedimento seja justo – e nesse caso o procedimento é alguma variação da *regra da maioria* –, não há garantias quanto à justiça do resultado. Destarte, mesmo que o critério para produzir leis seja justo, não existem efetivamente meios factíveis que assegurem quer as leis efetivamente venham a ser justas.

A definição de lei, no pensamento de Rawls, assume viés meramente formal, em razão do qual a norma deve atender ao cumprimento de certos requisitos para ser válida. Nessa medida, a concepção legal rawlsiana aproxima-o, nesse aspecto, de Kelsen e do positivismo jurídico em geral exatamente por estabelecer a validade das normas vinculadas ao cumprimento de condições formais. De modo geral, para Kelsen, e também Hart, assim como para os positivistas em geral, o que se deve ter em conta para a validade da lei são seus pressupostos formais. Uma vez que uma lei ou injunção legal cumpra com esses requisitos, ela tem validade, mesmo que seja uma norma injusta.

No entanto, segundo se percebe, Rawls sustenta que a lei, embora seja basicamente o resultado de justiça procedimental imperfeita, constitui-se como convenção normativa, isto é, uma regra legal, originada a partir de processos convencionais. Apesar de Rawls abertamente defender uma concepção de justiça derivada dos princípios de justiça, ocorre que, mesmo numa sociedade bem ordenada, em que o resultado de procedimento político justo possa ser injusto, ocasionalmente, o autor não priva uma lei injusta de seu caráter de lei em razão de sua injustiça. Isso se sustenta no fato de que, uma vez observado rigorosamente o procedimento devido para a produção de leis, elas conservam a característica de regra legal, independentemente de serem justas ou injustas. Sendo assim, decorre do entendimento de Rawls que a lei é reduzida ao cumprimento de certas condições formais, independentemente de seu conteúdo normativo material.¹³⁸

Consoante visto, para Rawls, a aplicação dos princípios da justiça, em primeiro lugar, destina-se à estrutura básica da sociedade de forma que esses princípios governem a atribuição de direitos e deveres. As leis pertencem a essa estrutura jurídica à qual, por primeiro, são aplicados os princípios da justiça. No entanto a formulação de tais

cuidadosamente obedecida, e os processos conduzidos de forma justa e adequada, pode-se chegar a um resultado errado.

¹³⁸ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 256. Ademais desse aspecto, da norma injusta ser investida de validade, Rawls admite que uma lei injusta deva ser obedecida em certas ocasiões. Esse problema será abordado quando da discussão em torno da obediência ao Direito.

princípios tem como pressuposto que a estrutura básica da sociedade seja dividida em duas partes: o primeiro princípio é aplicável à primeira parte, que compõe o sistema social que define e assegura as liberdades básicas iguais; e o segundo princípio é aplicável à segunda parte, que especifica e estabelece as desigualdades de ordem econômica e social. Ressalve-se, uma vez mais, que a aplicação dos princípios da justiça (liberdade e igualdade) em ordem serial, isto é, o primeiro antecede o segundo, num sentido lexicalmente prioritário, de forma que não é permitida a violação das liberdades básicas em prol de vantagens econômicas e sociais, em outras palavras, não se admite a permuta entre liberdades básicas e ganhos sociais e econômicos, seguramente, por força dos princípios da justiça.

A relevância dessa digressão está no fato de que a *estrutura básica* da qual a concepção de justiça, definida por meio dos princípios da justiça, estabelece a regulamentação, é regida por regras, como visto. Essas regras públicas, em larga medida, podem ser visualizadas como leis, portanto, é permissível o dizer que a lei age e atua em toda a estrutura básica, que é esse esquema com as principais instituições sociais.

A lei penal, assim como os conceitos que em torno dela gravitam, é vista a partir de outro viés. Quando finalizava a explanação acerca do estado de direito, Rawls salientou que, quando montam um sistema de sanções, as partes na convenção constituinte devem ponderar suas desvantagens, que são de duas espécies, segundo afirma o filósofo: i) a necessidade de cobrir os custos da manutenção do organismo (como exemplo, por meio de impostos); e, ii) o perigo para a liberdade do cidadão representativo, medido pela probabilidade de que essas sanções venham a interferir erroneamente em sua liberdade.

Para Rawls, a criação de um ordenamento coercitivo é racional somente se essas desvantagens forem menores do que a perda da liberdade causada pelas instabilidades. Com isso, Rawls quer dizer que o aparato jurídico é um elemento que atua na estabilização social. Assim sendo, e uma vez que na convenção constituinte as partes escolheriam um aparato jurídico para integrar sua sociedade como uma instituição, a melhor ordenação para um sistema jurídico é aquela que minimiza as duas espécies de riscos acima descritas, isto é, o melhor sistema jurídico é aquele que, por um lado, não onera demasiadamente a sociedade com os custos para sua manutenção, e, por outro, quando sua existência é de tal modo concatenada que dirima os perigos para a liberdade, através de sanções. Ademais, em condições iguais, está claro que os perigos para a

liberdade são menores quando a lei é administrada imparcial e regularmente conforme a legalidade.

Os cidadãos de uma sociedade bem ordenada poderiam portar-se de um modo tal que não requisitasse a existência de um sistema jurídico, ou algo se assemelhasse a ele, em termos institucionais. Contudo, há por parte de Rawls, o entendimento de que se um mecanismo coercitivo é necessário, é obviamente essencial definir com precisão a modalidade de suas operações, pois conhecendo aquilo que penaliza, aquilo que proíbe e sabendo que está em seu alcance praticá-lo ou não praticá-lo, os cidadãos podem fazer seus planos de acordo com essa situação.

Ao tratar-se de um ordenamento jurídico importa, por certo, delongar-se, também, em sanções, sobretudo, das sanções penais que são permissíveis por parte desse ordenamento. As explicações lacônicas desenvolvidas por Rawls, no tangente a questão, são centradas na teoria ideal, como é igualmente o caso da caracterização do sistema jurídico. As sanções penais são necessárias tendo em vista que as condições da vida humana são de tal ordem que tendem, de algum modo, a burlar os preceitos da justiça, ou, a desrespeitar as expectativas legítimas dos cidadãos.¹³⁹ De fato, o que está em questão na justiça como equidade, tal como apresentada por Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, não é o aspecto do *mérito moral*, como tradicionalmente é o caso na *justiça distributiva* assim como *justiça retributiva*. O caso é que, conforme sustenta Rawls,

Cada membro da sociedade é visto como possuidor de uma inviolabilidade fundada na justiça, ou, como dizem alguns, no direito natural, que nem mesmo o bem-estar de todos os outros pode anular. A justiça nega que a perda da liberdade para alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros.¹⁴⁰

A ideia latente a qual Rawls opõem-se é a de que o *mérito moral*, quer na distribuição, quer na punição ou retribuição, apresenta-se como adequado.¹⁴¹ Essa ideia é defendida, ao tempo de Rawls,

¹³⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §48, 342-8.

¹⁴⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §6, 30.

¹⁴¹ O autor afirma que “[...] é incorreto dizer que as partes distributivas justas recompensam os indivíduos de acordo com seu mérito moral. Mas podemos dizer, usando a frase tradicional, que um sistema justo dá a cada pessoa o que lhe é devido: ou seja, o sistema justo atribui a cada pessoa aquilo a que ela tem direito, segundo a definição do próprio sistema. Os princípios da justiça para instituições e indivíduos estabelecem que fazer isso está de acordo com a equidade.” Cf. RAWLS, *op. cit.*, §48, 345-6.

particularmente pelas doutrinas utilitaristas, sobretudo aquelas que remontam à Bentham e a Austin na defesa da punição. Rawls rejeita essa tese e, contrariamente, introduz o *princípio da responsabilidade* e estabelece o conceito de *expectativa legítima*, isto é, aquilo que o cidadão cooperativo tem o direito de esperar, de ver satisfeito pela sociedade bem ordenada, através das instituições existentes.¹⁴² É de acordo com esse conceito, conjugado ao princípio da responsabilidade, que se pode pensar a ideia de sanção penal para Rawls.

Rawls estabelece que, no que diz respeito à essa questão do direito penal, o conceito de *mérito moral*, como um valor moral, redefinido por Rawls em termos da posse de um *senso de justiça*, não tem uma relação primária no que é pertinente à punição. Esse espaço é ocupado pelo conceito de *expectativas legítimas*, que é inicialmente vinculado à discussão sobre a *justiça distributiva*.¹⁴³ Rawls argumenta

¹⁴² Segundo Rawls, numa sociedade bem ordenada, “[...] os indivíduos adquirem o direito a uma parte do produto social executando certas tarefas que são estimuladas pelas organizações existentes. As expectativas legítimas que surgem são o anverso, por assim dizer, do princípio da equidade e do dever natural de justiça. Pois da mesma maneira que uma pessoa tem o dever de apoiar as organizações justas, e a obrigação de cumprir o seu papel quando aceitou participar delas, assim também uma pessoa que obedeceu ao projeto e fez a sua parte tem o direito de ser tratada pelos outros de acordo com o seu comportamento. Essas pessoas devem necessariamente satisfazer as suas expectativas legítimas. Assim, quando existem ordenamentos econômicos justos, as reivindicações dos indivíduos são adequadamente ajustadas de acordo com as regras e preceitos (com seus pesos respectivos) que a experiência considera pertinentes. Como vimos, é incorreto dizer que as partes distributivas justas recompensam os indivíduos de acordo com seu mérito moral. Mas podemos dizer, usando a frase tradicional, que um sistema justo dá a cada pessoa o que lhe é devido: ou seja, o sistema justo atribui a cada pessoa aquilo a que ela tem direito, segundo a definição do próprio sistema. Os princípios da justiça para instituições e indivíduos estabelecem que fazer isso está de acordo com a equidade.” Cf. RAWLS, *op. cit.*, §48, 345-6.

¹⁴³ Rawls afirma, pois, o seguinte: “O essencial é que o conceito de valor moral não fornece um princípio básico da justiça distributiva. Isso acontece porque tal princípio não pode ser introduzido antes que os princípios da justiça e do dever obrigações naturais tenham sido reconhecidos. Uma vez dispoindo desses princípios, o mérito moral pode ser definido como a posse de um senso de justiça; e como discutiremos [...], as virtudes podem ser caracterizadas como desejos ou tendências a agir de acordo com os princípios correspondentes. Assim, o conceito de mérito moral é secundário em relação aos direitos e de justiça, não tendo nenhum papel na definição substantiva das partes distributivas. O caso é análogo ao que acontece na relação entre as regras substantivas de propriedade e a lei que se aplica a roubos e furtos. Essas transgressões e as imperfeições morais que as acarretam pressupõem a instituição da propriedade, que é estabelecida visando a objetivos sociais anteriores e sem relação com os crimes. Uma sociedade se organiza com o objetivo de recompensar o mérito moral tomado como um princípio básico seria o mesmo que criar a instituição da propriedade para punir ladrões. O critério segundo o qual cada um recebe de acordo com a sua virtude não seria, portanto, escolhido na posição original. Como as partes desejam promover as suas concepções do bem, elas não têm motivo para ordenadas as suas instituições de modo que as partes distributivas sejam determinadas pelo mérito moral, mesmo que conseguissem

que, numa sociedade bem ordenada, os indivíduos adquirem o direito a uma parte do produto social executando certas tarefas que são estimuladas pelas organizações existentes.

Assim, no contexto da *justiça distributiva*¹⁴⁴, as expectativas legítimas que surgem, dado que as pessoas têm o mesmo mérito moral, a saber, caracterizado na posse de um *senso de justiça*, são o anverso do princípio da equidade e do dever natural de justiça, tendo em vista que da mesma maneira que uma pessoa tem o dever de apoiar as organizações justas e a obrigação de cumprir o seu papel quando aceitou delas participar, então, para Rawls, uma pessoa que obedeceu ao projeto e faz a sua parte têm o direito de ser tratada pelos outros de acordo com seu comportamento. Ocorre que essas pessoas devem necessariamente satisfazer as suas expectativas legítimas. De tal maneira,

[...] quando existem ordenamentos econômicos justos, as reivindicações dos indivíduos são adequadamente ajustadas de acordo com as regras e preceitos (com seus pesos respectivos) que a experiência considera pertinentes. Como vimos, é incorreto dizer que as partes distributivas justas recompensam os indivíduos de acordo com seu mérito moral. Mas podemos dizer, usando a frase tradicional, que um sistema justo dá a cada pessoa o que lhe é devido: ou seja, o sistema justo atribui a cada pessoa aquilo a que ela tem direito, segundo a definição do próprio sistema. Os princípios da justiça para instituições e indivíduos

encontrar um padrão prévio para essa definição.” Importa dizer também que as implicações sobre a obediência ao direito serão tratadas mais adiante. Cf. RAWLS, *op. cit.*, §48, 346.

¹⁴⁴ Sobre esse ponto, Rawls arguiu que “*Está claro que a distribuição das vantagens econômicas e sociais é inteiramente diferente. As regras que as regem não são o inverso, por assim dizer, da lei penal, de modo que, enquanto a primeira pune certas ofensas, a outra recompensa o valor moral. A função das partes distributivas desiguais é cobrir os custos da especialização e educação, atrair indivíduos aos lugares e associações que, de um ponto de vista social, mais necessitam deles, e assim por diante. Supondo que todos aceitem a justeza da motivação do interesse pessoal ou grupal devidamente regulada por um senso de justiça, cada um decide fazer as coisas que melhor se ajustam aos seus objetivos. As variações dos salários e rendas, e a remuneração especial de certos cargos devem simplesmente influenciar essas escolhas, de modo que o resultado final esteja de acordo com a eficiência e a justiça. Em uma sociedade bem ordenada, não haveria necessidade de lei penal, exceto na medida em que o problema da garantia se fizesse necessário. A questão da justiça criminal pertence, em sua maior parte, à teoria da obediência parcial, enquanto análise das partes distributivas pertence à teoria da obediência estrita, e, portanto, à consideração do sistema ideal. Pensar na justiça distributiva como um inverso da justiça retributiva e vice-versa é completamente equivocado, e sugere uma justificativa para as partes distributivas que difere daquela que se verifica na prática.*” Cf. RAWLS, *op. cit.*, §48, 348.

estabelecem que fazer isso está de acordo com a equidade.¹⁴⁵

Assim, um ordenamento jurídico justo é regulado e estruturado de uma forma tal a permitir que as *expectativas legítimas* sejam satisfeitas, pois que elas se colocam como um direito.¹⁴⁶ E, quando se considera que as partes distributivas deveriam adequar-se ao valor moral, Rawls afirma que essa opinião possa surgir quando se considera a *justiça distributiva* como oposta à *justiça retributiva*. É certo que, numa sociedade razoavelmente bem ordenada, aqueles que são punidos por violarem leis justas geralmente fizeram algo errado, do ponto de vista legal. Para Rawls, isso ocorre porque

o propósito da lei penal é apoiar os deveres naturais básicos, que nos proíbem de molestar outras pessoas em sua vida e em sua integridade física, ou privá-las de sua liberdade e propriedade, e as punições devem servir a esse fim.¹⁴⁷

A lei penal, assim como a legislatura de um modo geral, deve apoiar os deveres naturais básicos. Hart já havia afirmado que a função social que a lei criminal cumpre é a de prescrever e definir certos tipos de conduta como algo o qual deve ser evitado ou feito por aqueles a quem se aplica, independentemente dos seus desejos. Assim, “*o castigo, ou a sanção, que é associado pela lei às infracções ou violações do direito criminal (sejam quais forem as outras finalidades que a punição possa servir) destina-se a fornecer um motivo para a abstenção dessas actividades.*”¹⁴⁸ Por certo, Rawls entende que a lei penal não é simplesmente um sistema de tributos e ônus destinado a atribuir valor a certas formas de conduta, tendo em vista constituir-se em guia para a

¹⁴⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §48, 346.

¹⁴⁶ Rawls salienta que exista uma diferença entre ter o direito a alguma coisa e merecê-las (de um modo não moral, mas corrente). As melhores organizações econômicas, assim como as demais, nem sempre conduzirão aos resultados desejados. “*Os direitos efetivamente adquiridos pelos indivíduos inevitavelmente afastam-se de forma mais ou menos ampla daqueles que a concepção do sistema prevê. Algumas pessoas que ocupam cargos mais altos, por exemplo, podem não ter, em um grau maior as outras, as habilidades e qualidades desejadas. Todos esses fatos são bastante evidentes. Sua menção aqui refere-se ao fato de que, embora possamos realmente distinguir entre reivindicações que as organizações existentes concretas nos fazem honrar, considerando o que os indivíduos fizeram e como ocorreram as coisas, e as reivindicações que teriam sido possíveis em circunstâncias ideais, não implica que as partes distributivas deveriam estar de acordo com o mérito moral. Mesmo quando o curso dos acontecimentos é o melhor possível, não existe uma tendência a que a distribuição e a virtude coincidam.*” Cf. RAWLS, *op. cit.*, §48, 346-7.

¹⁴⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §48, 347.

¹⁴⁸ Cf. HART, *O Conceito de Direito*, 34.

conduta humana na direção do benefício mútuo. Apoiando-se em Hart, Rawls afirma que seria melhor se os atos proibidos pelas leis penais nunca fossem cometidos, porém, a propensão a cometer tais atos é um traço de mau-caráter, e numa sociedade justa as punições legais aplicar-se-ão somente àquelas pessoas que manifestam semelhante falha.¹⁴⁹

Como é notório, a justiça *distributiva* e a *retributiva* não são dois lados de uma mesma moeda para Rawls, pois a distribuição das vantagens econômicas e sociais são inteiramente diferentes. Embora, como afirmado por Rawls, não houvesse a necessidade de legislação penal – exceto na medida em que o problema da garantia se fizesse fundamental –, o autor sustenta que a justiça criminal pertence, em sua maior parte, à teoria da obediência parcial, portanto às ponderações da teoria não-ideal, ao passo que a análise das partes distributivas pertence à teoria da obediência estrita, logo, à consideração do sistema ideal. Destarte, conclusivamente,

Pensar na justiça distributiva como um inverso da justiça retributiva e vice-versa é completamente equivocado, e sugere uma justificativa para as partes distributivas que difere daquela que se verifica na prática.¹⁵⁰

Rawls, como aferido, pontua que numa sociedade bem ordenada, os indivíduos adquirem o direito a uma parte do produto social executando certas ações que são estimuladas pelas organizações sociais existentes, isto é, as instituições sociais, e entre elas, as instituições da estrutura básica da sociedade. Nesse caso, os indivíduos, ao assumirem seus encargos, têm o direito de esperar certos benefícios oriundos dessas instituições nesse sistema de cooperação social. Nesse contexto, “*as expectativas legítimas que surgem são o anverso, por assim dizer, do princípio da equidade e do dever natural de justiça*”¹⁵¹ tendo em vista que, da mesma maneira que uma pessoa tem o dever de apoiar as organizações assim como a obrigação de cumprir o seu papel quando aceitou participar delas, ela tem igualmente, porque obedeceu ao projeto e fez a sua parte, o direito de ser tratada pelos outros de acordo com seu comportamento, isto é, devem ter satisfeitas suas expectativas legítimas. Todavia os preceitos que justificam essas sanções, e entre elas, as sanções penais, são deduzidos todos do primeiro princípio, ou seja, é o

¹⁴⁹ Rawls cita Hart na nota 41, do capítulo V: H. L. A. HART, *The Concept of Law* (Oxford, The Clarendon Press, 1961), p. 39;

¹⁵⁰ Cf. RAWLS, *TJ*, §48, 348.

¹⁵¹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §48, 345-6.

princípio da liberdade que embasa os preceitos que podem reduzir a própria liberdade, desde que extensível equitativamente a todos os cidadãos. Rawls pretende com isso, estabelecer a partir da concepção ideal algo como um modelo para que se possa montar de um modo adequado e justo o sistema não-ideal, o que ilustra a primazia da teoria ideal sobre a não-ideal.

Por meio da introdução do princípio da responsabilidade, Rawls sugere que o objetivo primeiro da punição não é a denúncia nem, tampouco, a retribuição, face ao mal causado através do desrespeito às regras. Agindo por essa via incorrer-se-ia numa forma utilitarista de justificação da sanção penal. Rawls, inversamente, parece fundamentar que o princípio da liberdade é reconhecido em nome da própria liberdade, pelo que, o sentido primeiro da sanção penal é a proteção da liberdade e, através dessa, pode-se arguir, a proteção das liberdades individuais. Esse aspecto da justiça como equidade, tange a teoria da obediência ideal e, de certo modo, numa sociedade bem ordenada, apresentar-se-ia desnecessário. Embora se possa arguir por essa linha, novamente, Rawls tem claro que a teoria ideal, a estabelecer as linhas de obediência, ofereça um modelo para a obediência parcial, no caso das sociedades reais, ou aquelas em que seja de quase justiça. Portanto, na conclusão de Rawls, “*a menos que os cidadãos estejam em condições de conhecer o teor da lei e tenham a oportunidade de levar em conta suas respectivas diretrizes, não se deveria impor-lhes sanções penais.*”¹⁵² Sendo assim, o princípio da responsabilidade, para Rawls,

[...] é simplesmente a consequência de se ver o sistema jurídico como uma categoria de normas públicas dirigidas a pessoas racionais a fim de regular sua cooperação, atribuindo à liberdade seu peso adequado. Acredito que essa visão da responsabilidade nos possibilita explicar a maioria das excludentes e dirimentes reconhecidas pelo direito criminal, no tópico da *mens rea*, e que pode servir como orientação para uma reforma jurídica. Todavia, não podemos aqui analisar esses pontos. Basta salientar que a teoria ideal exige uma explicação das sanções penais, vistas como um recurso estabilizador, e indica o modo como se deveria elaborar esta parte da teoria da

¹⁵² Cf. RAWLS, *op. cit.*, §38, 264. No original, em inglês: “*Unless citizens are able to know what the law is and are given a fair opportunity to take its directives into account, penal sanctions should not apply to them.*” Cf. RAWLS, *A Theory of Justice*, §38, 241.

obediência parcial. Em particular, o princípio da liberdade conduz ao princípio da responsabilidade.¹⁵³

Disso, assumindo-se que o sistema jurídico é uma instituição que estabelece normas de teor público dirigidas a pessoas racionais para sua orientação assim como para regular sua cooperação dentro da estrutura básica da sociedade, tem-se que no cumprimento e respeito a essas normas públicas, que devem levar em conta a capacidade de entendimento dos cidadãos para serem colocadas, a imputabilidade é decorrente da liberdade. Alguém só pode ser responsável no âmbito social, na esfera penal, por assim dizer, se houver efetivamente liberdade. O tópico da *mens rea*, isto é, da mente culpada, da intenção dolosa, embora não seja desenvolvido pontualmente por Rawls, estabelece uma orientação para a obediência parcial, no que tange a esfera penal.

Fica claro, como o próprio Rawls evidencia numa nota, que, no que respeita a sua concepção de punição, ele segue a Hart, embora, sem cair no utilitarismo.¹⁵⁴ Como apontou Dworkin, existe uma afinidade entre a concepção utilitarista de justiça e a positivista de legalidade.¹⁵⁵ Ao estabelecer essa perspectiva, Rawls afasta-se do utilitarismo e, ao mesmo tempo, também do positivismo. Todavia MacCormick afirma que a teoria hartiana das sanções e das punições enfatiza os seus aspectos funcionais, isto é, as leis podem ter de ser apoiadas por sanções organizadas, porém, pelo menos na forma de sanções coercitivas, elas devem ser vistas como necessidades práticas de paz e da ordem social e não como requisitos conceituais para a própria existência do direito.¹⁵⁶

Como se percebe, o ideal pacificador das sanções penais de Hart é congruente com a funcionalidade estabilizadora que ela implica para a justiça como equidade de Rawls em *Uma Teoria da Justiça*. Note-se que Rawls sublinha a capacidade de entendimento, por parte do cidadão, do teor da lei assim como poder levar em conta suas respectivas diretrizes como uma condicional para a existência de uma legislação que atribua sanções penais. Só cumpre, portanto, sua função estabilizadora se proteger a liberdade ao mesmo tempo em que está em condição de compreensão daquilo que estatui por parte de cada cidadão. Disso,

¹⁵³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §38, 264.

¹⁵⁴ A nota em questão é a nota 25, do §38. O texto, por sua vez, é o seguinte: HART, *Punishment and Responsibility* (Oxford, The Clarendon Press, 1968), p. 173-183.

¹⁵⁵ Cf. DWORKIN, *Justiça de Toga*, 350.

¹⁵⁶ Cf. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, 197.

decorre uma restrição moral à punição, mediante leis penais, a saber: “*Pode-se punir apenas aqueles que tiveram uma escolha quanto a infringir ou não a lei, e que exerceram essa escolha em favor da infração.*”¹⁵⁷

Existe ainda a possibilidade para se pensar essa questão da restrição da liberdade em outros termos. Os dilemas éticos originados tendo-se em vista a teoria da obediência parcial, portanto, a teoria não-ideal, devem ser vistos, na teoria ideal, focando-se a prioridade da liberdade. Desse modo, o filósofo afirma que é possível imaginar situações infelizes em que seja permissível insistir com menos veemência na observância dos preceitos que estabeleçam e definam o estado de direito. Para ilustração, Rawls dá o seguinte exemplo:

[...] em algumas eventualidades extremas, alguém pode ser responsabilizado por certas transgressões apesar do preceito dever-implica-poder. Suponhamos que, motivados por fortes antagonismos religiosos, membros de seitas rivais estejam coletando armas e formando grupos armados, em preparação para um conflito civil. Diante dessa situação, o governo pode decretar uma lei que proíbe a posse de armas de fogo (supondo-se que a posse delas já não seja uma contravenção). E a lei pode estabelecer que o fato de se descobrirem armas na casa ou na propriedade do acusado constitui prova suficiente para uma condenação, a menos que ele possa demonstrar que elas foram postas lá por outra pessoa. Excetuando-se essa condição, consideram-se irrelevantes a ausência de intenção ou o desconhecimento da posse, e a conformidade com padrões razoáveis de diligência. Argumenta-se

¹⁵⁷ Esse é o princípio denominado por Hart da distribuição da punição. MacCormick ainda explica que a elucidação da natureza da responsabilidade criminal e a explicação de que ela deve incluir um elemento de *mens rea* (‘mente culpada’ ou ‘intenção dolosa’) estabelece efetivamente os fundamentos para uma resposta convincente a uma crítica kantiana da punição, qual seja, a de que uma pessoa não pode constituir em meio, mas deve sempre ser tratada como fim. Segundo MacCormick, em termos simples, o argumento de Hart é que não se usam as pessoas como meios para os fins dos outros quando se as pune, desde que seja realmente uma questão de sua própria escolha tornarem-se ou não imputáveis. De certo modo, quando Rawls do princípio da responsabilidade, é à luz disso que lhe arroga a importância que tem na questão da punição, uma vez que a responsabilidade é decorrente da liberdade. Cf. MACCORMICK, *op. cit.*, 193.

que essas justificações normais tornariam a lei ineficaz, e a sua imposição seria impossível.¹⁵⁸

Rawls explica que, nesse exemplo, embora essa lei viole o estado de direito, mediante o preceito de que *dever implica poder*, ela pode ser aceita pelo cidadão representativo como uma perda menor de liberdade, desde que as penalidades impostas não excedam a severidade – Rawls argumenta que a severidade deve ser levada em conta de tal sorte que o encarceramento é um cerceamento drástico da liberdade. Nessa medida, Rawls argumenta que

[...] analisando a situação do ponto de vista da fase legislativa, pode-se decidir que a formação de grupos paramilitares, que a aprovação da lei pode impedir, constitui um perigo muito maior para a liberdade do cidadão médio do que o fato de alguém ser severamente responsabilizado pela posse de armas. Os cidadãos podem afirmar que a lei é o menor de dois males, conformando-se com o fato de que, embora possam ser considerados culpados por coisas que não fizeram, os riscos para a sua liberdade em qualquer outra situação seriam piores. Uma vez que existem profundos desentendimentos, não há como prevenir a ocorrência de algumas injustiças, segundo a nossa maneira normal de ver as coisas. Tudo o que se pode fazer é limitar essas injustiças da maneira menos injusta.¹⁵⁹

Note-se que a lei define a estrutura básica da sociedade assim como a os parâmetros da conduta justa do indivíduo, esclarecendo os limites da liberdade. Importa para Rawls que a liberdade seja equitativa, sendo, portanto, permissível a restrição da liberdade, através das leis, conquanto que seja para assegurar, de modo equitativo para todos os cidadãos, essa igual liberdade. É nesse sentido que se entende que “*os argumentos a favor da limitação da liberdade decorrem do próprio princípio da liberdade.*”¹⁶⁰

¹⁵⁸ Cf. RAWLS, *TJ*, §38, 265.

¹⁵⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, §38, 265.

¹⁶⁰ No caso que Rawls trouxe à baila, como ilustração, o autor afirma que prioridade da liberdade conduz à obediência parcial. Desse modo, conclui o filósofo, “[...] o bem maior de alguns não foi avaliado em comparação com o bem menor de outros. Tampouco aceitou-se uma liberdade menor em favor de vantagens socioeconômicas. Pelo contrário, apelou-se para o bem comum, visto na forma de liberdades básicas iguais para o cidadão representativo. Circunstâncias infelizes e os desígnios injustos de alguns tornam necessária uma liberdade

1.4.2. O CONCEITO DE DIREITO

Retomando aquele plano traçado anteriormente, cabe agora definir qual conceito de direito é possível antever na teoria de Rawls, no contexto de *Uma Teoria da Justiça*. Eloquentemente, Dworkin disserta sobre o modo de que maneira poderia conceber Rawls como alguém versado no direito¹⁶¹, isto é, um advogado ou um jurista, que, por ter tratado de conceber a *justiça como equidade* como uma concepção de justiça aplicável à uma sociedade democrático-constitucional, poderia contribuir imperiosamente aos problemas da teoria do direito.¹⁶² É importante, contudo, deixar claro que Rawls mesmo não se considerava como tal, mas é inegável que sua obra, como pressupõe Dworkin, e igualmente essa pesquisa, dá significativas contribuições às questões tradicionais da teoria do direito. Uma vez que seja assim, procurar-se-á responder a três questões: i) que tipo de metodologia é capaz de definir o direito e que concepção desse resulta da filosofia de Rawls?; ii) o que é substantivamente o direito?; e, iii) como deve ser comportar o juiz no problema dos casos difíceis – levando-se em conta *Uma Teoria da Justiça*?

Em linhas gerais, Dworkin desenvolve um raciocínio, mediante o qual procura sustentar que a construção teórica rawlsiana traz consigo um conceito de direito que é mais bem traduzido no *interpretativismo*, isto é, na noção de que o direito efetivamente resulta compreensível a partir da interpretação conceitual de cada caso. Sendo assim, partindo-se

menor do que a usufruída numa sociedade bem-ordenada. Qualquer injustiça na ordem social fatalmente cobra seu tributo; é impossível que suas conseqüências sejam inteiramente eliminadas. Na aplicação do princípio da legalidade, devemos ter em mente a totalidade de direitos e deveres que definem as liberdades e, de acordo com eles, harmoniza as reivindicações. Somos às vezes forçados a aceitar certas violações dos princípios, se quisermos mitigar a perda da liberdade por causa de males sociais que não podem ser eliminados, e a visar a menor injustiça que as condições reais permitem.” Cf. RAWLS, op. cit., §38, 265.

¹⁶¹ O termo usado por Dworkin é *lawyer*, substantivo este que designa um indivíduo versado no direito, seja como advogado, um assessor jurídico, ou ainda, um advogado com autorização para atuar e fazer a sustentação pública em determinados tribunais. Assim posto, com este termo, o autor pretende referir-se aos estudiosos e praticantes do direito, os quais através da reflexão e da prática, não apenas discutem, mas contribuem para a análise das principais questões da teoria do direito. Cf. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, 1.

¹⁶² É relevante ter presente que Rawls mesmo nunca se considerou como tal. Mas, por conta de ter versado amplamente sobre a filosofia política e ser a teoria jurídica e a filosofia do direito um segmento daquela, a teoria da justiça como equidade incorre em aspectos que tocam em questões próprias à teoria do direito e à filosofia do direito, os quais Dworkin procura evidenciar. Cf. DWORKIN, *A Justiça de Toga*, 341-2.

da primeira questão, a saber, qual metodologia é capaz de responder o que é do direito – isto é, teorias gerais sobre o direito que afirmam quando uma proposição sobre direitos e deveres legais é verdadeira –, Dworkin afirma que tradicionalmente se têm duas principais: o *positivismo* e o *interpretacionismo*. Conforme dá a entender, afirma que uma teoria geral do direito, como aquela que defendem os filósofos positivistas jurídicos, sustenta uma proposição de direito somente é verdadeira em virtude de fatos sociais.¹⁶³ Sendo assim, para que exista um entendimento sobre os critérios apropriados a ser utilizados para decidir se uma proposição de direito é verdadeira, os juristas devem alcançar certo consenso – posto que, em contrário, falariam às paredes –, o qual uma teoria geral do direito deve ter por escopo descrever. Nesse sentido, “*ela deve nos dizer o que é o direito dizendo-nos que critérios os juristas realmente usam para identificar as proposições de direito verdadeiras ou bem fundamentadas.*”¹⁶⁴

Se esse for o caso, uma teoria do direito, conforme sustenta Dworkin, seria mais bem compreendida como um exercício descritivo no sentido de uma sociologia do direito – o que, conforme acastela, se se tomar descritível nesse sentido, tornaria qualquer teoria do geral do direito dificilmente explicável.¹⁶⁵ Mas, então, como entender, em linhas gerais, uma teoria geral do direito? Nesse particular, Dworkin argumenta que a análise de Rawls do conceito de justiça é proveitosa, pois ele não presumiu que todos os que compartilham e utilizam o conceito de justiça compartilham algum entendimento substancial anterior acerca do que torna uma instituição justa ou injusta, mas, ao contrário, insistiu que os indivíduos têm concepções de justiça radicalmente diferentes, admitindo, porém, que eles compartilham certo entendimento muito abstrato que transforma todas essas concepções em concepções de justiça, e não de outra virtude qualquer, apesar de ser

¹⁶³ Cf. DWORKIN, *op. cit.*, 345-6.

¹⁶⁴ Cf. DWORKIN, *op. cit.*, 346.

¹⁶⁵ Como exemplo, Dworkin traz à baila a *tese das fontes* de Hart, através da qual este filósofo sustenta que as proposições de direito são verdadeiras quando podem ser inferidas de decisões explícitas tomadas por instituições legalmente constituídas – como é o caso de assembléias legislativas, as quais, mediante convenção, são autorizadas a tomar tais decisões. Sendo assim, se um jurista puder mostrar que se pode inferir, daquilo que um legislativo competente afirmou, aquilo que alguém pretende como direito, ele terá demonstrado que esse alguém realmente tem o direito. Caso não decorra de nenhuma instituição autorizada, ela não será verdadeira. À par disso, Dworkin, embora Hart tenha insistido que essa tese seja realmente descritiva, não no sentido do modo como os juristas falam e empregam a palavra direito, assim como uma descrição daquilo que os juristas admitem pertencer ao conceito de direito, afirma que os juristas não chegam a um consenso sobre essa tese das fontes, do que decorre que não se pode ter um juízo similar. Cf. DWORKIN, *op. cit.*, 346-7.

esse entendimento comum extremamente frágil e praticamente vazio de conteúdo real.

Na verdade, Dworkin tem em conta que, na análise do conceito de justiça, Rawls utiliza-se de um método interpretativo, o *equilíbrio reflexivo*, mediante o qual se tenta criar princípios que tenham certo alcance geral, harmonizando-os, por sua vez, aos julgamentos concretos sobre o que é o justo e o injusto inicialmente. Assim, mudam-se tanto as concepções particulares dos indivíduos sobre os princípios quanto sobre os julgamentos concretos, ou sobre ambos, à medida que se torne necessário chegar a um ajuste interpretativo.¹⁶⁶

Nesse contexto, a proposta de Dworkin é que se reformule o método do *equilíbrio reflexivo* para a filosofia do direito. Para tanto, em primeiro lugar, propõe que sejam identificadas aquelas coisas que, aparentemente, nem é preciso esclarecer as quais fazem parte do direito, porquanto que todos já se lhe estão familiarizados¹⁶⁷, aos quais nomina de *paradigmas de direito*. Pode-se criar, em seguida, o outro pólo de um equilíbrio interpretativo, tendo-se em vista que se compartilha um ideal abstrato que pode desempenhar, na teoria jurídica, o mesmo papel o qual o conceito de justiça desempenhava para Rawls. Segundo afirma, esse é o conceito de direito que, quando enfatizado politicamente, repousa sobre a descrição do conceito de legalidade ou de estado de direito.

À luz dessa apreciação, argui no sentido de que se pode agora, então, tentar criar uma concepção adequada do conceito de legalidade, isto é, uma concepção de legalidade a qual equilibre os diferentes pressupostos individuais pré-analíticos sobre proposições concretas de direito com os princípios gerais da moralidade política que pareçam explicar melhor a natureza e o valor da legalidade. É por essa via que se poderá inscrever uma teoria sobre as condições de veracidade das proposições de direito em uma concepção mais ampla do valor que se considera interessante. Nesse sentido, afirma,

Uma teoria positivista do direito apresentará uma tese das fontes, que é sustentada por uma concepção positivista da legalidade que, por sua vez, é sustentada por uma teoria mais geral e apropriada da justiça. Esse modelo interpretativo fornece a melhor maneira de se entender os argumentos apresentados pelos principais

¹⁶⁶ Cf. DWORKIN, *op. cit.*, 348.

¹⁶⁷ Entre essas coisas estão o limite de velocidade, o código tributário, as regras de propriedade cotidianas, os contratos, as leis penais, entre outras tantas que, de forma geral, são sabidamente entendidas como pertencentes à esfera do direito.

filósofos do direito. Em certo sentido, a filosofia jurídica assim concebida é descritiva porque começa com algum tipo de entendimento sobre o que é tido como certo pela comunidade à qual se destina, mas em outros sentidos é substantiva e normativa porque procura alcançar um equilíbrio com princípios julgados por recurso independente. Já de início, portanto, a obra de Rawls é uma contribuição fundamental para o autoentendimento da filosofia do direito.¹⁶⁸

Assim sendo, uma das principais conclusões de Dworkin é a que o conceito de direito, quando enfatizado politicamente, repousa sobre o conceito de legalidade ou de estado de direito – já analisados anteriormente. Além disso, note-se que a caracterização desse método para a filosofia do direito: é descritivo, porque assentado em algum entendimento anterior, mas é também, substantivo e normativo, tendo em vista a obtenção de um equilíbrio com princípios julgados por recurso independente. Desse modo, a primeira questão elencada por Dworkin resulta respondida.

A segunda questão – a de que é substantivamente o direito – tem um aspecto substantivo que pode ser traduzido no seguinte sentido, como de fato, faz Dworkin: que entendimento do direito – entendimento positivista ou de outra natureza – é mais bem sucedido como concepção do conceito de legalidade? Remetendo-se ao constructo rawlsiano da posição original, Dworkin supostamente pede aos representantes para escolherem, além dos princípios de justiça, uma concepção de legalidade, a partir de uma lista simplificada, como efetivamente Rawls também faz. A lista consta de duas opções, a saber: uma descrição positivista simplificada de legalidade, que identifica que os juízes utilizem um critério particular para as verdadeiras proposições de direito; ou uma descrição não positivista interpretativa e simplificada.

Na formulação de Dworkin, a descrição *positivista* simples insta os juízes a aplicarem regras criadas pelo poder legislativo à medida que elas não sejam nem possam se tornar ambíguas, mediante consulta à história legislativa e a outras fontes oficiais de intenção legislativa. Ademais, quando as regras estabelecidas e interpretadas apenas nesse sentido não são suficientes para decidir o caso, os juízes devem declarar que o direito não oferece nenhuma resposta e, a partir daí, legislar por conta própria para preencher a lacuna existente, isto é, exercem o poder

¹⁶⁸ Cf. DWORKIN, *op. cit.*, 349.

discricionário. Todavia o exercício da discricionariedade dá-se de modo singular, pois que eles devem legislar de maneira modesta e limitada e, não bastasse isso, ainda do modo como acreditam que o poder legislativo vigente legislaria, se estivesse incumbido da solução do problema. Noutros termos, através do poder discricionário, os juízes, na via positivista, devem fazer o que acreditam que o parlamento pertinente teria feito.¹⁶⁹

No caso da descrição *interpretacionista* simples, por sua vez, Dworkin argumenta que os juízes devem aplicar as regras criadas pelo poder legislativo, interpretadas da mesma maneira: quando houver uma lacuna, os juízes não devem legislar como o poder legislativo o faria, mas devem tentar identificar os '*princípios procedimentais e substanciais de justiça*' que melhor justificam o direito da comunidade como um todo e aplicar esses princípios ao novo caso.¹⁷⁰

Na opinião de Dworkin, nas condições descritivas da posição original, os representantes escolheriam, como Rawls pressupõe que seja,

¹⁶⁹ Cf. DWORKIN, *op. cit.*, 350.

¹⁷⁰ Dworkin apresenta, no que pertinente à escolha dos representantes na posição original, a ideia de que, contrariando o que supostamente Rawls pressupunha que fariam, eles escolhessem e estabeleçam uma concepção utilitarista de justiça geral completamente abrangente. Nesse caso, acredita Dworkin, os representantes teriam um bom motivo para optar pela concepção positivista de direito em detrimento da concepção não positivista simplificada. Isso se explica, conforme argumenta, porque há uma forte afinidade entre uma concepção utilitarista de justiça e uma concepção positivista de legalidade (o utilitarismo tem um argumento a favor do positivismo e um contrário ao interpretacionismo). Não é por acaso que os dois fundadores do positivismo jurídico moderno, Bentham e Austin eram utilitaristas por excelência. Segundo Dworkin, Bentham enfatizou que a legislação utilitarista bem fundada deve estar organizada e direcionada a partir de uma única fonte: o melhor programa integrado em que diferentes leis e diretrizes políticas podem ser adaptadas e coordenadas de modo a produzir o impacto máximo em termos de utilidade. Nesse sentido, o poder legislativo é a melhor instituição para se obter esse impacto máximo, por que ele pode examinar exaustivamente a arquitetura do direito e da política, e porque sua composição e seus processos de escolha tendem a produzir informações sobre a mistura de preferências na comunidade que são indispensáveis à exatidão dos cálculos das tropas e compensações necessárias à obtenção da máxima utilidade agregada. Os juízes são essenciais à aplicação concreta e particular das regras que se destinam a maximizar a utilidade ao longo do tempo, mas a sua atuação como arquitetos de diretrizes e políticas deve ser a menor possível, uma vez que isso seria ineficaz de diversas maneiras. Quando a ordem legislativa se esgota, os juízes precisam declarar que as suas decisões são guiadas por nenhuma outra fonte que não a legislativa, enunciando, por conseguinte, a existência de uma lacuna a qual tentarão preencher tendo por guia a forma como os representantes políticos fariam. Esse é o argumento positivo em favor do positivismo, a partir do utilitarismo. O argumento negativo contra o interpretacionismo, a partir do utilitarismo, afirma que ele é irracional. Os princípios morais e políticos, na perspectiva utilitarista, são simplesmente regras práticas para se obter a máxima utilidade em longo prazo, e não pode haver valor independente em se buscar uma coerência de princípios simplesmente por considerá-la desejável. Cf. DWORKIN, *op. cit.*, 350-2.

a justiça como equidade, rejeitando, decorrentemente, o utilitarismo. Essa escolha em favor dos dois princípios de justiça, um dos quais dá prioridade a certas liberdades fundamentais, parece indicar naturalmente, que eles também escolheriam o *interpretacionismo* em detrimento do *positivismo*, pois em longo prazo, seria uma aposta melhor para se alcançar a justiça, em pequena e grande escala. Além disso, os princípios da justiça exigem níveis sucessivos de detalhamento para sua execução, isto é, a *sequência de quatro estágios*. Para Dworkin, no estágio constitucional, os representantes exigem que as instituições sejam projetadas de modo a produzir, com maior probabilidade possível, os resultados que os dois princípios fundamentais determinam. No estágio legislativo, por seu turno, os representantes exigem que essas instituições tomem decisões mais específicas sobre leis e diretrizes políticas, orientadas por princípios mais específicos de justiça a serviço dos princípios básicos.

Assim posto, como entende, os representantes sentir-se-ão atraídos pela ideia de um judiciário com poderes e responsabilidades independentes assim como pela ideia do controle de constitucionalidade. Sentir-se-ão igualmente atraídos pela ideia de que os juízes também devem exercer uma supervisão menos enérgica, mas ainda assim importante, da aplicação e do desenvolvimento cotidiano do direito por parte dos poderes legislativos. Ainda assim, a ideia adicional de que eles devem exercer esse poder, tendo em vista a igualdade perante a lei, é almejada, isto é, insistindo que, à medida que assim o permita uma doutrina bem fundada da supremacia legislativa, quaisquer princípios inferidos a partir do que o legislativo fez em prol de alguns grupos também possam estar ao alcance de todos. Portanto, os representantes terão esse motivo forte para favorecer uma concepção *interpretacionista* do direito que considera que as pessoas têm o direito não apenas àquilo que as instituições legislativas determinam especificamente, mas também à elaboração baseada em princípios de tais determinações.

Nesse caso, o interpretacionismo salienta que a coerência é a melhor proteção contra a discriminação. Embora Dworkin afirme que Rawls efetivamente não criou esse argumento a favor do interpretacionismo, nem mesmo a respeito de qualquer concepção de direito, é também verdade que endossou o princípio que sustenta o interpretacionismo ao longo da discussão em torno do estado de direito. No lastro de Fuller, Rawls afirma, ao tratar do preceito da isonomia, que as autoridades legais devem “[...] *fundamentar as distinções que fazem entre pessoas, mediante uma referência aos princípios e regras legais*

*pertinentes*¹⁷¹, de tal sorte que, assim, esse preceito do sistema jurídico põe em relevo a coerência, pois,

Em qualquer caso particular, se as regras forem algo complicadas e pedirem interpretação, pode ficar fácil justificar uma decisão arbitrária. Mas, à medida que o número de casos aumenta, torna-se mais difícil construir justificações plausíveis para julgamentos tendenciosos. A exigência de coerência vale naturalmente para a interpretação de todas as regras e para justificativas em todos os níveis. Fica, por fim, mais difícil formular os argumentos racionais para julgamentos discriminatórios, e a tentativa de fazê-lo torna-se menos convincente. Esse princípio vale também em casos de equidade, isto é, quando se deve abrir uma exceção porque a regra estabelecida causa uma dificuldade inesperada. Mas com a seguinte ressalva: uma vez que não há uma linha definida separando esses casos excepcionais, chega-se a um ponto, como nas questões de interpretação, em que praticamente qualquer diferença fará uma diferença. Nesses casos, se aplica o argumento de autoridade, e é suficiente a autoridade do precedente ou do veredicto conhecido.¹⁷²

Como evidenciado naquela ocasião, Dworkin entende que os cidadãos ficam mais bem protegidos contra a arbitrariedade e a discriminação quando os juízes que interpretam o direito elaboram-nos casos difíceis são responsáveis pela coerência, não simplesmente com doutrinas específicas aqui e ali, mas, da melhor maneira possível, com a coerência baseada em princípios que abrangem toda a estrutura do direito. Assim, embora se possa objetar que, apesar da afinidade histórica, um positivista não precisa ser necessariamente um utilitarista, e que, portanto, os representantes poderiam escolher essa caracterização do papel de um juiz – isto é, que não seja positivista e, mesmo assim, esteja disposto, nos casos difíceis em que acredita ter o poder discricionário –, Dworkin argumenta que essa concepção parece não levar em conta o fato de que os juízes, mesmo quando visam unicamente à justiça, divergem frequentemente acerca do que é a justiça, e que os

¹⁷¹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 38, 260.

¹⁷² Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 260.

próprios juízes podem ser influenciados por ideias preconcebidas, preconceitos ou os outros inimigos da justiça imparcial.

Sendo assim, ao optarem por uma concepção de direito, as pessoas não têm por que pensar que uma decisão em seu próprio caso irá refletir melhor a justiça, seja qual for a concepção que dela se tenha, se os juízes forem livres para desconsiderar a coerência baseada em princípios com aquilo que outras autoridades públicas e juízes fizeram, do que se lhes for pedido que respeitem a coerência baseada em princípios. Assim as pessoas podem muito bem pensar que estão mais bem protegidas contra a arbitrariedade ou a discriminação se não instruírem os juízes a fazer justiça do modo tal qual a veem, mas procurarem disciplinar os juízes insistindo que eles deem o melhor de si para respeitar a coerência baseada em princípios do modo como eles a veem. Portanto, quanto à segunda questão, da apreciação que Dworkin faz, resulta que as partes escolheriam – e isso responde substancialmente o direito, quanto à ação dos juízes caso a caso, quando inexistirem provisões legais, isto é, lacunas no direito – o interpretacionismo como concepção de direito que mais se mostra consoante à legalidade. Isso, o direito resulta da interpretação norteada pelo critério da coerência, como preceitua, de certo modo, o próprio Rawls.

Ocorre, contudo, que pode ser ainda perguntado como se devem comportar os juízes, diante dos casos difíceis ou das lacunas do direito, levando-se em conta exclusivamente o que Rawls escreveu em *Uma Teoria da Justiça*. Segundo Dworkin, nos termos da simples combinação do positivismo e do utilitarismo, os juízes devem introduzir novas formas de julgamento para preencher as lacunas do direito, mas a combinação determina o caráter desse raciocínio judicial ao sustentar que os juízes devem tentar fazer o que o legislativo teria feito.¹⁷³

O *interpretacionismo*, assim como outras teorias jurídicas, por sua vez, também pressupõe que os juízes inovem em seus julgamentos de moralidade política nos casos difíceis, orientando-os a buscar um equilíbrio interpretativo entre o conjunto de decisões legislativas e judiciais que representam a estrutura jurídica e os princípios gerais que parecem constituir a melhor maneira de justificar essa estrutura. Há, porém, alguma limitação ao tipo de princípios que os juízes podem citar ao elaborarem esse equilíbrio interpretativo, isto é, ao justificarem o histórico do direito como um todo? Dworkin afirma que, para os juízes, pareceria sem dúvida errado empregar determinados tipos de argumentos, como seus interesses pessoais ou interesses de algum grupo

¹⁷³ Cf. DWORKIN, *Justiça de Toga*, 355.

ao qual estejam ligados, posto que essa limitação óbvia parecesse ser parte da própria ideia de justificação. Mas, ainda assim, poderão apelar às suas convicções religiosas, caso as tenham, ou às doutrinas de sua igreja, caso pertençam a alguma? Em resumo, quais são os argumentos que os juízes podem usar nos casos difíceis?

Conforme Dworkin afirma, em termos gerais, podem-se encontrar os limites necessários ao argumento judicial na concepção de direito que os argumentos gerais de Rawls sugerem, a saber, o interpretativismo. Isso se justifica por conta de que o interpretativismo resulta suficiente para as pretensões de definir a legalidade e a decisão judicial. Uma vez que seja assim, as convicções religiosas não podem fazer parte de uma justificação geral e abrangente da estrutura jurídica de uma comunidade pluralista, liberal e tolerante.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Embora Rawls fale, em escritos posteriores, da razão pública, ela não é um conceito investigável nessa pesquisa. Contudo é permissível elencar os argumentos que a excluem desse tipo de argumentação. Em linhas gerais, esses argumentos são condensados no fato de que a doutrina da razão pública se sustenta, de certo modo, na dificuldade da distinção entre valores políticos e convicções morais abrangentes. Em razão de tal dificuldade, Dworkin defende que a doutrina da razão pública não é adequada para desenvolver uma concepção de legalidade e de decisão judicial. Cf. DWORKIN, *op. cit.*, 357-9.

CAPÍTULO 2 – A JUSTIFICAÇÃO MORAL DA OBEDIÊNCIA AO DIREITO EM ‘UMA TEORIA DA JUSTIÇA’

“Do ponto de vista da teoria da justiça, o dever natural mais importante é o de apoiar e promover instituições justas.”¹⁷⁵

A teoria da justiça formulada por Rawls, como encontrada em *Uma Teoria da Justiça*, tinha por objetivo a eleição de princípios de justiça destinados a servir de base para as *instituições* e, entre elas, a ordem jurídico-política. Tratava-se, portanto, de princípios destinados a regular a forma como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais bem como determinar a distribuição dos benefícios oriundos da cooperação social.¹⁷⁶ Desse modo, primariamente, os princípios de justiça aplicam-se à estrutura básica da sociedade, através da qual se acenam às principais instituições políticas, sociais e econômicas e a combinação dessas a articulação de um sistema de cooperação social que se perpetue de geração em geração.

Se, até esse momento, ao discutir a teoria de Rawls, o interesse centrava-se na instituição jurídica, o que se objetiva doravante tem-se como norte a conduta dos indivíduos frente ao direito. Desse modo, quando se argumenta sobre as justificações morais, contrárias ou a favor, da obediência ao direito e às leis, na verdade, está-se, de modo claro, situando-se dentro do esquema particular de razões para a ação de indivíduos, conforme o diagrama desenvolvido por Rawls nos §§ 18 e 19. Consoante avalia PÉRES BERMEJO, a conclusão a favor de um dever moral de obediência ou desobediência ao direito e às leis prescreve uma conduta que há de ser observada por um indivíduo.¹⁷⁷

É importante dizer que, como no caso do sistema jurídico, Rawls não desenvolve uma teoria da obediência ao direito ou às leis propriamente. Ele desenvolve, antes, mediante os princípios para os indivíduos, uma teoria da vinculação dos indivíduos às instituições e aos demais indivíduos, no contexto social. Portanto, no conjunto de um problema bem maior, que é o problema da estabilidade, ele desenvolve uma teoria de como os indivíduos se vinculam ao sistema como um todo. Na verdade, os princípios para os indivíduos, que são escolhidos na posição original, estabelecem aquilo que os indivíduos devem esperar uns dos outros, numa perspectiva que visa a dar completude a uma

¹⁷⁵ Cf. RAWLS, *TJ*, § 51, 370.

¹⁷⁶ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 11, 64-9.

¹⁷⁷ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 212.

teoria da justiça. Assim, se é possível estabelecer uma justificação moral para a obediência às leis e ao direito, isto se dá por via indireta, já que esse intento nunca foi o objetivo primordial do autor. Contudo, mostrar que isso é possível, é reconhecer que a obra de Rawls é verdadeiramente um manancial de possibilidades, feito exclusivo dos grandes nomes da filosofia.¹⁷⁸

Notoriamente, os princípios da justiça, no contexto de *TJ*, por se destinarem, em primeiro lugar, às instituições não resolvem e nem prejudicam o problema da obediência ao direito e às leis. Nesse sentido, seria possível arguir que os princípios para os indivíduos poderiam defender que, aquilo que é moralmente oportuno, para o cidadão, é comportar-se num sentido oposto ou diferente daquele apontado pelos princípios da justiça. Em relação a isso, Rawls referenda esta ideia dentro da distinção entre exigências morais e exigências institucionais. Assim sendo, seguindo essa distinção, do esquema de instituições não é possível derivar nenhum princípio para os indivíduos, de forma que as exigências que são demandadas das instituições, ou de suas regras públicas de constituição, não prejudicam e nem determinam aquelas que podem ser demandadas ao sujeito, nem tampouco impõem que o esquema de razões para a ação individual aja de inclinar-se finalmente no sentido ditado pelos princípios ou regras institucionais. Contudo, se Rawls explicita a distinção entre princípios para os indivíduos e princípios para as instituições, conforme assevera Pères Bermejo, o desenvolvimento desta distinção e, especialmente, a descrição, a classificação, o conteúdo e a justificação dos princípios para os indivíduos é, sem dúvida, um dos déficits explicativos de sua teoria da justiça.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Consoante indica Mandle, a preocupação de Rawls é com as instituições. Essas instituições sociais, contudo, não são independentes das ações e atitudes de indivíduos ou mesmo certos grupos. Nesse sentido, o significado das implicações da justiça social para o comportamento individual é uma parte essencial de uma concepção de justiça: define as relações dos indivíduos com as instituições e o modo como estes se vinculam uns aos outros. O objetivo, pois, não é oferecer um relato completo a respeito da justiça da conduta individual. O foco elementar é, por seu turno, centrado nas exigências da justiça social, perspectiva que consolida o dever natural mais importante como aquele de apoiar e promover instituições justas. Cf. MANDLE, *Rawls's A Theory of Justice – An Introduction*, 99-100. Fica claro, portanto, que o intento de Rawls era estabelecer o modo pelo qual os indivíduos vinculam-se às instituições da estrutura básica da sociedade. Uma vez que seja assim, a via pela qual se avalia o fundamento da obediência ao direito e às leis dá-se indiretamente.

¹⁷⁹ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 212. Ver também: RAWLS, *TJ*, §§ 18-19, 116-25. Quanto aos princípios para os indivíduos, na teoria da justiça de Rawls, deve-se inicialmente advertir que, assim como os princípios para as instituições, eles fundamentam-se em um acordo alcançado na posição

Seguramente, o foco desta pesquisa centra-se em *Uma Teoria da Justiça*, não importando, para a mesma, as alterações e as modificações desenvolvidas pelo autor em obras posteriores. Contudo, à guisa de complementação, far-se-á uma digressão, tendo em vista Rawls inicialmente desenvolver sua concepção de obediência ao direito no artigo “*Legal Obligation and the Duty of Fair Play*”, o qual se constituirá em base para o desenvolvimento dessa temática em *Uma Teoria da Justiça*. Existem modificações significativas nas ideias apresentadas neste artigo até a formulação final apresentada na obra máxima de Rawls.¹⁸⁰

original, sendo, portanto, desse modo, resultado de um procedimento de escolha. Nesse contexto, a diferença entre eles, do ponto de vista da posição original, é meramente temporal haja vista que os princípios para os indivíduos são acordados quando já se conta com uma concepção articulada da justiça, isto é, sua escolha é posterior aos princípios da justiça, tendo em vista que estes delimitam a concepção de justiça. Não obstante, a indagação acerca da obediência ao direito dentro da teoria de Rawls, exige que se trate não mais em princípios para as instituições, pelo menos, de modo direto, mas, de princípios para os indivíduos. A questão relativa à obediência ao direito, na envergadura teórica rawlsiana, pode ser traduzida e explicitada do seguinte modo, a saber: como pode ser defendida a justificação moral da obediência ao direito que possa ser generalizável a todos os cidadãos?

¹⁸⁰ Entre essas modificações, aparece o *dever natural de justiça*, que embrionariamente aparece em *The Justification of Civil Disobedience*, ocupando o espaço como fundamento geral que o dever de equidade (*fair play*) ocupava em *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*. À luz disso, o dever natural de justiça se coloca como o princípio explicativo do compromisso dos indivíduos com as instituições sociais da estrutura básica da sociedade, de modo amplo, e por extensão, com o ordenamento jurídico, pode-se dizer, sendo, pois, o único que Rawls defende como válido e extensível a todos os cidadãos. No marco da discussão em torno da obediência ao direito no pensamento contemporâneo, em oposição àquela derivada de correntes tais qual o positivismo jurídico, Mejia Quintana, amparando-se em Smith, afirma que o argumento mais interessante, a partir da perspectiva de benefícios, é dado por Hart e por Rawls [em *Legal Obligation*, portanto, na etapa pré-TJ] nos termos do *fair play*, que sustenta que a obrigação *prima facie* de obedecer ao direito é devida não ao governo, mas aos cidadãos. Hart e Rawls ofereceram versões diferentes deste argumento. Hart argumenta que a mera existência de uma empresa de cooperação faz surgir certa obrigação *prima facie*. Rawls, por sua vez, estabelece certos requisitos nos tipos de empresas, empreitadas ou sistemas de cooperação que fazem surgir a obrigação: o êxito desse sistema dependerá de quase uma obediência universal a suas regras. A obediência às regras implica algum sacrifício e o sistema deve conformar-se aos princípios de justiça. A observação de Mejia Quintana envereda-se ainda no sentido de que, ainda que Hart e Rawls tenham descoberto a obrigação de *fair play*, estes não apreciam, contudo, seus limites adequadamente, posto que, uma vez que esses limites são compreendidos, está claro que a obrigação *prima facie* de obediência ao direito não pode derivar-se do próprio *fair play*. Como assinala, a obrigação de *fair play* somente pode justificar-se no seio de sistemas cooperativos pequenos e voluntários, o que de fato, Rawls vai levar em consideração ao consigná-lo, a partir de *Uma Teoria da Justiça*, no princípio de equidade (*principle of fairness*). Cf. MEJIA QUINTANA, *La Problemática Iusfilosófica de la Obediencia al Derecho y la Justificación Constitucional de la desobediencia Civil*, 78-9.

2.1. A JUSTIFICAÇÃO DA OBEDEIÊNCIA AO DIREITO EM “LEGAL OBLIGATION AND THE DUTY OF FAIR PLAY”

Analisar-se-á no artigo *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, a justificação da obediência ao direito, em termos de obrigação moral de obedecer às leis. Nesse artigo, Rawls inicia afirmando que o tema do direito e da moralidade sugere questões muito diferentes. Assim,

pode-se considerar a questão histórica e sociológica relativa ao modo como as ideias morais influenciam e são influenciadas pelo sistema jurídico; ou pode-se considerar a questão de se conceitos e princípios morais fazem parte de uma adequada definição de direito. De outra parte, o tópico do direito e da moralidade sugere o problema do cumprimento legal da moralidade e de se o simples fato de certa conduta ser considerada imoral pelos preceitos estabelecidos é suficiente para justificar fazer de tal conduta uma ofensa legal. Finalmente, há ainda o amplo tema acerca do estudo dos princípios racionais de uma crítica moral das instituições jurídicas e do fundamento moral de nossa aquiescência a elas.¹⁸¹

Nesse contexto de questões, Rawls mostra-se preocupado apenas com uma parte dessa última questão, qual seja, a justificação da obrigação moral de obedecer à lei e da realização dos deveres legais bem como da satisfação das obrigações jurídicas. Nesse sentido, a tese de Rawls é a de que a obrigação moral de obedecer à lei é um caso especial do dever *prima facie* de agir com equidade (*fair play*).¹⁸²

¹⁸¹ Cf. RAWLS, *LO*, 44.

¹⁸² Cf. RAWLS, *LO*, 44. Péres Bermejo adverte que o conceito rawlsiano de *fair play* é fruto do amadurecimento genérico daquele desenvolvido por Hart, no artigo “*Are There Natural Rights?*” Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 215. Além disso, essa caracterização do dever de *fair play* como um dever *prima facie* é derivada de Ross, como mais adiante será visto. Importa, também, saber que, como adverte Falkón y Tellon, “*Añade Greenawalt que la teoría de la obligación de fair play fue sugerida por H. L. A. Hart y desarrollada por John Rawls, y ha gozado de una gran acogida en la década de los sesenta y en los setenta. El deber de juego limpio deriva de los beneficios que los sacrificios de otros miembros de la sociedad realizan. No podemos ser tan egoístas como para querer sólo los beneficios de la cooperación social y ninguna de sus cargas. Una de las virtudes de la obligación de fair play es que con ella se puede explicar porqué deberíamos obedecer la ley incluso cuando otros no sufrirían ningún daño de nuestra desobediencia.*” Cf. FALCÓN Y TELLA, *La Obligación Política de Obediencia del Individuo*, 103.

Para Rawls é certo que, em sociedades democrático-constitucionais, exista uma obrigação moral de obedecer à lei, embora ela possa ser superada em alguns casos por outras obrigações mais fortes, fundada num princípio moral geral, como algum princípio de justiça – ou ainda, princípio de utilidade social ou de bem comum. Da justificação moral da obediência, contudo, Rawls exclui a possibilidade de que a obrigação de obedecer à lei esteja baseada num princípio por si mesmo especial, isto é, que se autofundamente. Ao contrário, Rawls supõe que não é absurdo algum que exista um princípio moral – que não necessita de justificação posterior – tal que, quando subordinados a um sistema existente de regras que satisfaça a definição de um sistema jurídico, as pessoas tenham uma obrigação moral de obedecer à lei.¹⁸³

Num artifício similar àquele que se encontra em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls argumenta que, após estabelecer um acordo genérico sobre possíveis princípios de justiça, de utilidade social, ou qualquer outro, surge a questão de saber se a obrigação de obedecer à lei funda-se em um ou muitos de tais princípios, e qual deles, se é que há algum, tem importância especial. Neste particular, Rawls sustenta que o princípio que define o dever de *fair play*, isto é, o dever de agir-se com equidade, tem uma importância especial.¹⁸⁴

A *obrigação*, aquela em que se entende a obrigação de obedecer à lei, é definida por Rawls num sentido limitado, estrito, no qual, juntamente com a noção de um dever e de uma responsabilidade, ela tem uma conexão com regras institucionais. Uma vez que seja assim, deveres e responsabilidades são atribuídos a certas posições e cargos, e

[...] obrigações são normalmente consequência de atos voluntários de pessoas, e enquanto talvez a maior parte de nossas obrigações são assumidas por nós mesmos ao fazermos promessas e aceitarmos benefícios, e assim por diante, outras podem nos colocar sob responsabilidade de outrem, tal como, em certas ocasiões, somos ajudados enquanto crianças, por exemplo. Não sustentarei que o fundamento moral de nossa obediência à lei é derivado do dever de agir-se com equidade exceto na medida em que se esteja referindo a uma obrigação neste sentido. Seria incorreto dizer que nosso dever de não cometer qualquer ato ilícito, especificamente crimes de

¹⁸³ Cf. RAWLS, *LO*, 45.

¹⁸⁴ Cf. RAWLS, *LO*, 45.

violência, esteja baseado no dever de agir com equidade, pelo menos inteiramente. Esses crimes envolvem erros em si mesmos, e, nessa medida, ofensas, tais como os vícios de crueldade e cobiça, de modo que praticá-los é incorreto independentemente da existência de um sistema jurídico cujos benefícios tenhamos voluntariamente aceito.¹⁸⁵

Obviamente, Rawls estabelece a caracterização de um sistema jurídico¹⁸⁶, similar àquela que anteriormente se fez, pois é a essa ordem jurídica que a obrigação moral se vincula. A justificação moral da obrigação jurídica, afirma o autor, pode ser compreendida quando se considera dois casos que parecem, inicialmente, anômalos, a saber:

primeiro, em algumas circunstâncias, nós temos obrigação de obedecer àquilo que nós julgamos, e julgamos corretamente, ser uma lei injusta; segundo, algumas vezes nós temos obrigação de obedecer a uma lei mesmo em circunstâncias em que um bem maior (tomado como uma soma de vantagens sociais) pareceria resultar de sua não observância. Se a obrigação moral de obedecer à lei está fundada no princípio de que se deve agir com equidade, como então pode alguém estar obrigado a obedecer a uma lei injusta, e o que dizer sobre o princípio que exhibe as razões para que se persiga o maior bem?¹⁸⁷

¹⁸⁵ Cf. RAWLS, *LO*, 45.

¹⁸⁶ A caracterização dá-se do seguinte modo: “Além da posição geralmente estratégica de seu sistema de regras, ao definir e relacionar as instituições fundamentais da sociedade que regulam a busca de interesses substantivos, e do monopólio do poder coercitivo, suporei que o sistema jurídico em questão satisfaça o conceito de regra de direito (ou o que se pode conceber como justiça enquanto regularidade). Com isso, quero dizer que suas regras são públicas, que casos similares são tratados similarmente, que não há cassação de direitos civis, e assim por diante. Estes são todos traços de um sistema jurídico na medida em que ele incorpora sem desvio a noção de um sistema público de regras dirigidas a seres racionais para a organização de suas condutas na perseguição de seus interesses substantivos. Este conceito não impõe, por si mesmo, qualquer limite sobre o conteúdo das regras do direito, mas apenas sobre sua regular administração destas regras. Finalmente, assumirei que a ordem jurídica em questão seja a de uma democracia constitucional, isso é, suporei existir uma constituição estabelecendo uma posição de igual cidadania, assegurando a liberdade da pessoa, liberdade de pensamento e de consciência, bem como a igualdade política, tais como o sufrágio e o direito a participar no processo político. Portanto, confinarei a discussão a um sistema jurídico de um tipo particular; mas não há maior prejuízo nisso.” Cf. RAWLS, *LO*, 45.

¹⁸⁷ Cf. RAWLS, *LO*, 45.

Além disso, ao longo do artigo, Rawls afirma que, numa democracia constitucional, haverá eventualmente alguma circunstância em que alguém se encontre moralmente obrigado a obedecer a uma lei injusta, sempre que um membro da minoria, quanto à determinada proposta legislativa, oponha-se à via majoritária por razões de justiça.

Talvez, o caso padrão seja aquele onde a maioria ou uma coalizão suficiente para constituir uma maioria tira vantagens de sua força e vota segundo seus próprios interesses. Mas este traço não é essencial. Uma pessoa que pertence à minoria pode tirar vantagens de uma proposta majoritária e mesmo assim se opor a ela como injusta, mesmo que, uma vez aprovada, normalmente esteja a ela vinculada. Alguns pensaram que supostamente há um tipo especial de paradoxo sempre que um cidadão que vota de acordo com seus princípios morais (concepção de justiça), aceita a decisão majoritária, pertencendo ele mesmo à minoria.”¹⁸⁸

Dessa estrutura conceitual, decorre evidentemente o entendimento, por parte de Rawls do *fair play* como um dever. O vínculo político é reconhecido como uma *obrigação*. Sendo assim, em virtude do dever de *fair play* pesa sobre os indivíduos uma *obrigação de obediência*, que no fundo, remete ao problema hobbesiano.

O conceito de *fair play*, que Rawls caracteriza e, de certo modo, adota e aperfeiçoa, é de influência de Hart, que o formulou “*Are There natural rights?*”. Na formulação de Hart, para que houvesse o dever de obediência, calcado no *fair play*, eram necessários alguns requisitos, a saber: a existência de um sistema cooperativo e a obtenção de um benefício por parte do obediente em vista de sua obediência.¹⁸⁹

No decorrer do artigo, tendo em conta a questão da obediência à lei, a partir do que determina como dever de *fair play* (dever de equidade)¹⁹⁰, Rawls argui que o processo constitucional não pode ser

¹⁸⁸ Cf. RAWLS, *LO*, 45.

¹⁸⁹ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 216.

¹⁹⁰ Rawls afirma: “*Volto agora ao problema principal, a saber, o de entender como uma pessoa pode propriamente se encontrar em uma posição onde, tomando seus próprios princípios, ela deve conceder que, dada uma votação majoritária, ‘B’ deva ser aprovada e implementada, não obstante sua injustiça. Há, então, a questão de como pode ser moralmente justificável aceitar um procedimento constitucional de deliberação legislativa quando é certo (para todos os propósitos práticos) que certas leis assim aprovadas são, de acordo com os próprios princípios de alguém, injustas. Seria impossível para uma pessoa concordar em mudar sua opinião sempre que se encontre em posição minoritária; não é impossível, mas*

visto – sob pena de se mal interpretado – como um procedimento para produzir regras jurídicas. Rawls sustenta, contrariamente, que é um processo de decisão social que produz uma regra a ser seguida. Assim, aceitando-se que os indivíduos tenham um senso similar de justiça, é aceitável que eles concordem que certos procedimentos constitucionais são justos. Uma vez que seja assim, Rawls sustenta que, ao se aceitarem os benefícios de uma constituição justa, os indivíduos fazem-se obrigados a ela, e especialmente, à regra da votação majoritária, uma de suas regras fundamentais, pela qual, sendo uma lei majoritariamente votada, ela deve ser aprovada e propriamente instalada.

Nessa conjuntura, então, o dever de *fair play* é definido por Rawls do seguinte modo:

Suponhamos que exista um sistema de cooperação social mutuamente benéfico e justo e que as vantagens que proporciona possam apenas ser obtidas se todos ou quase todos cooperarem. Suponhamos, ademais, que a cooperação requeira um certo sacrifício de cada um ou ao menos envolva uma certa restrição de sua liberdade. Suponhamos, finalmente que os benefícios produzidos pela cooperação sejam, até certo ponto, obtidos gratuitamente: isso é, que o sistema de cooperação seja instável no sentido de que se alguma pessoa sabe que todas (ou aproximadamente todas) as outras pessoas continuarão a fazer suas partes, ela ainda continuará beneficiando-se do esquema mesmo que não faça a sua parte. Sob estas condições, uma pessoa que aceitou os benefícios do esquema está obrigada por um dever de fazer com equidade a sua parte e não tirar vantagem, não cooperando, de um benefício sem qualquer custo. A razão pela qual devemos nos abster desta tentativa é que a existência do benefício é o resultado do esforço de todos, e, anteriormente a qualquer entendimento acerca de como deva ser dividido, se é que o pode, ele não pertence com equidade a nenhuma pessoa em particular.¹⁹¹

inteiramente razoável para ela ajustar-se à lei aprovada, qualquer que seja, desde que esteja dentro de certos limites. Mas quais são mais exatamente as condições deste ajustamento?" Cf. RAWLS, *LO*, 47.

¹⁹¹ Cf. RAWLS, *LO*, 47.

Rawls, no artigo, deixa claro que o *fair play* (dever de equidade), que determina sua concepção de justiça, até o momento, é condicionado da seguinte forma: dentro do contexto social, não seria legítima uma situação vantajosa que repousasse sobre um não cumprimento da parcela, que caberia a cada indivíduo, da cooperação social, e isso porque a posição do indivíduo depende em grande medida do benefício que se recebe desse esquema de cooperação.¹⁹² Note-se que essa formulação aparecerá em *Uma Teoria da Justiça*, não como justificção geral de uma obrigação moral ao direito, mas, como um princípio, vale dizer, o *princípio da equidade*, cuja finalidade é a de, num esquema de cooperação social que é a sociedade bem ordenada, manterem-se as parte mutuamente vinculadas equitativamente quando beneficiam-se dessa cooperação.

O *fair play* de Rawls, antes de qualquer coisa, levanta uma questão terminológica, pois para defini-lo, há a necessidade de remeter-se a artigos datados de um período anterior a publicação de *Uma Teoria da Justiça*. Como se indicou, em *Legal Obligation*, Rawls denomina o *fair play* de dever. Mais tarde, contudo, em seu *opus magno*, denomina-o não mais como um dever de *fair play*, mas como *principle of fairness* (princípio da equidade), sendo o qual a justificção das obrigações políticas relativas à sociedade.¹⁹³ Decorrente dessa definição do *fair play* como um dever *prima facie*, e da insistência de que, apesar da denominação dever, entende a obrigação política como “*uma obrigação no sentido mais limitado de estar na dependência de nossa prévia aceitação e intenção de continuar aceitando os benefícios de um sistema de cooperação justo que a constituição define*”¹⁹⁴, conclui-se que seja, então, a obrigação moral de obediência ao direito uma ação voluntária.¹⁹⁵

Sendo assim, tem-se que o *fair play* visto como um dever o qual, no entanto, uma vez que o vínculo político é reconhecido como uma *obrigação*, recai sobre os indivíduos uma *obrigação de obediência*. Desse modo, o dever de *play* estabeleceria entre os indivíduos e a sociedade uma obrigação de obediência à lei, e por extensão ao direito, quando as instituições são justas, num esquema cooperativo mutuamente vantajoso.¹⁹⁶ Evidentemente, a pretensão de Rawls, quanto a isso, é a de

¹⁹² Cf. PÉRES BERMEJO, *op. cit.*, 219.

¹⁹³ Cf. RAWLS, *TJ*, § 18, 111-114; § 52, 342-350.

¹⁹⁴ Cf. RAWLS, *LO*, 47.

¹⁹⁵ Cf. PÉRES BERMEJO, *op. cit.*, 220.

¹⁹⁶ Cf. RAWLS, *LO*, 48.

estabelecer que a ordem legal, dada a obrigação moral de obedecer à lei entendida como um dever de *fair play* (dever de equidade), é construída como um sistema de cooperação social ao qual os indivíduos estão ligados em virtude de:

[...] em primeiro lugar, o esquema é justo (isso é, ele satisfaz os dois princípios de justiça), e nenhum esquema justo pode garantir que não venhamos a pertencer à minoria em um pleito; em segundo lugar, aceitamos e temos a intenção de continuar a aceitar seus benefícios. Se deixamos de obedecer à lei, de atuar seguindo nosso dever de agir com equidade, então o equilíbrio entre reivindicações conflitantes, tal como definido pelo conceito de justiça, estará ameaçado. O dever de agir com equidade não é concebido para dar conta do fato de ser errado para nós cometer crimes violentos, mas, em vez disso, para explicar, em parte, a obrigação de pagar nosso imposto de renda, de votar, e assim por diante.¹⁹⁷

Assim, socialmente, os indivíduos vincular-se-iam uns aos outros, através das mútuas vantagens, de um esquema social, como o é a ordem jurídica, desde que esta seja justa, pois, contrariamente, inexistiria obrigação por conta do não cumprimento de uma das cláusulas essenciais do *fair play*.¹⁹⁸

Importa saber que, nesse artigo de 1964, Rawls, embora não desenvolva, antecipa a distinção terminológica entre deveres e obrigações, que aparecerão em *Uma Teoria da Justiça*, nos §§ 18 e 19, e

¹⁹⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, 49.

¹⁹⁸ Rawls argumenta que seu objetivo era o de sugerir também que “o conceito de justiça tem um peso absoluto com relação ao princípio da utilidade (não necessariamente com respeito a outros conceitos morais). Quero dizer com isso que a união dos conceitos de justiça e utilidade deve tomar a forma do princípio que sustenta a mais eficiente instituição justa. Isso significa que uma instituição ou lei injusta não pode ser justificada por um apelo a um saldo maior de vantagens e que o dever de agir com equidade não pode ser, analogamente, ignorado. Uma instituição ou lei injusta ou a desconsideração do dever de agir com equidade pode ser justificada apenas por um equilíbrio maior de justiça. Desconheço como provar esta proposição. Ela não é provada pelo argumento analítico que mostra que os princípios de justiça são, de fato, os princípios de justiça. Penso, todavia, que se pode mostrar que o princípio que dá apoio às instituições justas mais eficientes não conduz a conclusões contrárias a nossos juízos intuitivos e que ele não é de nenhum modo irracional. Há, entretanto, uma simplificação teórica quando se afirma que não se deve contrabalançar a justiça com a utilidade. Entretanto, esta simplificação não é, sem dúvida, real, dado que é tão difícil determinar a proporção equilibrada da justiça como a de qualquer outra coisa.” Cf. RAWLS, *op. cit.*, 49.

§§ 51 e 52. O problema reside, no entanto, num aspecto, qual seja, o de que o esquema teórico de Rawls fica comprometido por conceber o *fair play* como um dever que fundamenta obrigações, em especial, o de conceber a lei, isto é, um dever que fundamenta deveres na forma de obrigações.

O dever de *fair play*, como justificação da obediência à lei e ao direito, é, nesse contexto teórico, caracterizado por um inegável elemento de autointeresse, pois, para que se possa falar de um comprometimento, o indivíduo precisa ser beneficiado por sua submissão à lei e ao direito por meio da submissão dos demais indivíduos à lei, os quais, por sua vez, também se beneficiam dessa mesma submissão. Este elemento, porém, não é isolado, à maneira de uma mônada, como em Leibniz. Antes, ele deve ser conjugado a outro elemento, isto é, deve ser conjugado à reciprocidade, dentro de um esquema cooperativo, norteador por princípios gerais. Desse modo, a submissão à lei, mediante o *fair play*, se justifica quando, reciprocamente, indivíduos se beneficiam mutuamente, num esquema cooperativo, por sua submissão às regras estabelecidas por esse esquema.

Esta combinação, que está expressamente estabelecida em *Legal Obligation*, mas também em *Uma Teoria da Justiça*, é, portanto, marcada pela atribuição de um sentido ao *fair play*: a conexão com regras instrumentais (auto-interesse) junto com regras próprias do esquema de cooperação (princípios de justiça). Essa combinação, assim, trata-se de restrições morais e da perseguição racional do próprio interesse.

Perceba-se que essa definição de Rawls do *fair play* completa os requisitos da definição de Hart mediante dois adendos significativos. Assim sendo, na mesma linha de Hart, Rawls pressupõe um esquema de cooperação, porém, sublinha – e isto Hart não fez – que esse esquema seja justo (o que implica ser regulado por princípios de justiça, que a essa altura, ainda careceria, em relação à *TJ*, do primor e requinte teórico em termos de justificação e fundamentação que, no *opus magno*, vem a ter). Ademais, o autor prescreve que os benefícios que suscita o compromisso de obediência sejam *voluntariamente recebidos*. Desse modo, por meio desses complementos, Rawls pretendia corrigir as falhas originadas da definição de Hart de *fair play*. Contudo, ainda que esse seja o empenho de Rawls, em alguns aspectos tais esforços vão fazer, mais do que antes, evidentes as lacunas e as falhas do *fair play* (o princípio da equidade em *TJ*).

2.1.1. Análise dos Complementos de Rawls e a Insuficiência do *Fair Play*

Rawls acrescenta, ao conceito hartiano de *fair play*, duas importantes cláusulas com as quais pretendia recuperar o argumento de seu fracasso inicial, tal como resultou da definição de Hart, em seu papel fundamentador do dever de obediência dos indivíduos. Uma análise desse dever – o problema que pretendia resolver e o fracasso que teve – é desenvolvido por Péres Bermejo. Segundo sustenta, embora Rawls tenha estabelecido acréscimos à clássica definição de *fair play*, de Hart, esses acréscimos resultam muito mais ostentadores das deficiências que tem o *fair play*. As duas cláusulas propostas por Rawls (e que se encontram evidentemente em *Legal Obligation*¹⁹⁹) são as seguintes: i) que o *esquema cooperativo seja justo*, isto é, que a instituição a qual se deve obediência cumpra com o que estabelecem os princípios de justiça; e, ii) que a *aceitação dos benefícios* oferecidos pelo esquema de cooperação seja *voluntária*.

Péres Bermejo declara que a primeira exigência visava a desqualificar algumas das impugnações direcionadas, especialmente desferidas por Singer e Greenawalt, a definição de Hart, que, entre outras coisas, afirmava que o *fair play* poderia legitimar também a obediência a leis procedentes de regimes injustos, como o é o caso da Alemanha Nazista ou de um regime totalitário, ou ainda, de democracias injustas. O que é claramente evidente é que o *fair play*, como o entende Rawls, não se limita a uma forma determinada de Estado, mas é válida para qualquer sistema político. Assim, a vigência do *fair play* é cobrada exclusivamente de sociedades justas, desenhadas normativamente pelo fundo cooperativo que apresentam. Dessa maneira, deve-se realçar que o não cumprimento flagrante dos princípios de justiça implica a não observância de uma *conditio sine qua non* na ausência da qual o *fair play* resulta inoperante, de modo que, em tais situações, a obrigação do indivíduo de cumprir as normas estaria cessada por completo. Certamente, nessas situações, o indivíduo poderia obedecer ou desobedecer. Porém, caso incline-se pela via da desobediência, por mais severas que sejam as consequências dessas ações, o indivíduo se veria livre de uma reprovação fundada em sua obrigação fundada em sua

¹⁹⁹ Como se verá, essas cláusulas encontram-se também um *TJ*, mas não sob a denominação do dever de *fair play*. Nesta obra, ela encontra-se travestida como o princípio da equidade (*principle of fairness*), cuja finalidade é a explicação da contração de *obrigações*.

obrigação de obedecer às normas, porque essa obrigação já não pode se sustentar, uma vez que o *fair play* tenha ficado obsoleto.²⁰⁰

Quanto à segunda cláusula, o intento de Rawls consiste em afiançar que a simples afirmação de um benefício objetivo para que os cidadãos suportem um dever de obediência moralmente fundada, sem que seu consentimento à norma ou a recepção de tal benefício importe minimamente. Percebe-se, portanto, que, com essa cláusula, está-se a requerer um princípio de reciprocidade, segundo o qual a obediência deve ser entendida como a devolução de um benefício efetivamente recebido.

Essa concepção de *fair play* desenvolvida e sustentada por Rawls, derivada de Hart, que pode ser entendida como simples retribucionismo, pode conduzir a consequências moralmente indesejáveis em função da violação do princípio da voluntariedade das obrigações: a possibilidade de que se reconheçam vínculos acerca dos quais o indivíduo veja-se submetido por cargas em cujo estabelecimento ele não tenha participado. Peres Bermejo sustenta que o *fair play* levanta três contratempos. O primeiro deles refere-se à impossibilidade da saída do Estado. Essa razão, que é arguida pelo próprio Rawls, incorre na crítica desferida por Hume ao contratualismo clássico. Assim, se se prescreve uma livre recepção dos benefícios, falar-se-á da prescrição, também, do ingresso livre no esquema cooperativo. Todavia, como disse Hume, as pessoas já nascem inseridas nos Estados e sem possibilidade de escolher sua permanência nos mesmos. E, em caso de migração para outro sistema de cooperação, a mesma prática não pode ser viável à imensa maioria de indivíduos.

O segundo deles é referente ao anarquismo, pois a solução em que Rawls se vê envolvido por conta do argumento do *fair play*, propicia um teor anárquico, inseguro e imprevisível em relação ao problema da obediência. A dificuldade é, pois, uma herança do conceito de Hart, do qual Rawls não somente não consegue subtrair-se como, também, de certo modo, exhibe mais explicitamente. O fato é que, tanto na versão de Rawls como na de Hart, o *fair play* exige materialização de um benefício, que adquire a seguinte forma tal que existe um benefício quando o indivíduo, de quem se reclama obediência, reconhece ver-se beneficiado pelo esquema de cooperação. A aceitação livre do benefício aquilatará, conjuntamente, uma livre interpretação por parte do indivíduo, e será a única instância possível de modo que sai

²⁰⁰ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 222.

desaprovação do que o governo considera como um benefício significará sua desobediência. Note-se que confiar o reconhecimento do benefício ao esquema de valorização individual é confiar o *fair play* a resolução do problema da obediência ao Direito às concepções individuais do bem. Assim, a obediência e desobediência vinculam-se a preferências individuais, gostos e esquemas de valores, e a possibilidade de articular um marco social estável sob essas circunstâncias é mínima.

O terceiro, por seu turno, o qual se refere a todas as formas de *fair play* pode ser traduzido do seguinte modo: se é de benefícios que se trata o *fair play*, resultará impossível vincular a todos aqueles setores que recebem benefícios inferiores às cargas as quais suportam. Consoante sugere Pères Bermejo, a defesa, quanto a essa terceira linha de crítica, argui no sentido que todos os setores estão vinculados ao direito vigente porque a existência da lei e do ordenamento jurídico, por si só, já é um benefício muito superior a qualquer carga, dentro da sociedade. Esse argumento, enfatiza, é genuinamente hobbesiano, pois a mera vigência de uma ordem legal de segurança para que os indivíduos considerem-se beneficiados. Uma vez que seja assim, o problema da obediência ao direito resulta inexistente, pois acaba por ser indiscutível: o indivíduo deve obedecer sempre, ainda que seja prejudicado, de algum modo, pela cooperação.²⁰¹

Mejia Quintana argumenta que, no caso dos sistemas jurídicos, a complexidade das obrigações tem grande importância. Todos os sistemas jurídicos estão desenhados para fazer frente a um montante de desobediência. Por isso, os atos individuais de desobediência ao direito raramente tem um efeito adverso sobre tais sistemas. Ainda mais, a obediência à lei não beneficia frequentemente a ninguém.²⁰² Portanto, incluindo se os sistemas jurídicos foram o tipo de empresa cooperativa que faz surgir a obrigação de *fair play*, numa grande quantidade de casos, essa obrigação não exigirá que os eles tenham de obedecer às leis específicas. Sendo assim, se existe uma obrigação *prima facie* genérica de obedecer às leis de todo o sistema jurídico, não pode fundar-se na obrigação de *fair play*. À luz disso, ao elaborar *Uma Teoria da Justiça*, Rawls argumenta diversamente, tendo em conta a fundamentação do dever de obediência à lei e ao direito. Desse modo,

[...] si el *fair play* no logra vincular a todos los ciudadanos con el Derecho de su sociedad bien

²⁰¹ Cf. PÉRES BERMEJO, *op. cit.*, 230-1.

²⁰² Cf. MEJIA QUINTANA, *La Problemática Iusfilosófica de la Obediencia al Derecho y la Justificación Constitucional de la Desobediencia Civil*, 79-80.

ordenada, no puede desempeñar el papel de fundamento general de obediencia. Junto a esta limitación, Rawls siempre se topará con el límite irrebalsable del argumento vinculado a Hume, que inutiliza toda la segunda cláusula. La definición rawlsiana o no ha logrado así limar el concepto de asperezas o se ha enredado en nuevas aporias en su empeño por mantener el *fair play* como fundamento de obediencia. Consciente o no de estas insuficiências [...] lo cierto es que, en lo que entendimos como la segunda etapa de su pensamiento, Rawls destina al argumento *fair play* un ámbito mucho más reducido. y, más aún: en la tarea de suministrar un fundamento general de obediencia al Derecho, Rawls sustituye el *fair play* por otro principio.²⁰³

Sendo assim, na etapa defendida em *Uma Teoria da Justiça*, o autor introduz um novo elemento para sustentar essa justificação da obediência ao Direito e às leis remetendo-se ao dever natural de justiça, posto que distinga entre obrigações e deveres naturais – terminologia que remete aos estóicos, escolásticos e modernos. As obrigações são contraídas por atos voluntários e as obrigações de equidade (dever de *fair play*) somente se aplicam àqueles cidadãos de governos justos que têm cargos ou tenham dele se beneficiado, mediante a satisfação de seus interesses, de tal sorte que a maioria dos cidadãos, nos termos apresentado em *Legal Obligation*, em *Uma Teoria da Justiça*, seria excluída de ter obrigação *prima facie* de obedecer ao direito e às leis, em razão de que aceitar receber benefícios do governo não é algo que façam voluntariamente.

2.2. A JUSTIFICAÇÃO DA OBEDEIÊNCIA AO DIREITO EM “UMA TEORIA DA JUSTIÇA”

Após se ter visto a obediência ao direito no artigo *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, observar-se-á o modo como a obediência ao direito é possivelmente fundamentada em *Uma Teoria da Justiça*. Com o artigo “*The Justification of Civil Disobedience*”, em 1969, e posteriormente, com a publicação de *Uma Teoria da Justiça*, a justificação da obediência ao direito sofre uma mudança de orientação.

²⁰³ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 234.

Se, como visto, em *LO*, o vínculo com o direito se entendia como uma obrigação, em *TJ*, Rawls parece sugerir que, para a maioria dos cidadãos, não existe obrigação política, em sentido estrito.²⁰⁴ Ademais, o dever de *fair play* não é mais apresentado como anteriormente, pois que encontra-se agora reconhecido como o *princípio da equidade* (*principle of fairness*), e a justificação da obediência ao direito se substancia, de modo indireto, no *dever natural de justiça*, fundamento dos vínculos dos indivíduos com as instituições e com seu pares. Agora, no contexto de *Uma Teoria da Justiça*, Rawls fala de *dever natural*, não mais em *obrigação* de obediência em relação ao vínculo com o direito e a lei.²⁰⁵

De mais a mais, em *Uma Teoria da Justiça*, o conceito de *dever* é superior ao de *obrigação* e ao de *permissão*, no que se refere à explicação dos vínculos dos indivíduos às normas. A distinção e a supremacia do conceito de *dever* podem ser explicadas ao aferir que os deveres, especialmente os *deveres naturais*, aplicam-se independentemente dos atos voluntários individuais, ou seja, não dependem de nenhum compromisso assumido voluntariamente.²⁰⁶ Pode-se falar de *deveres naturais* no sentido de que os indivíduos estão submetidos aos mandamentos dos deveres sem a necessidade de que guardem conexão com instituições e práticas sociais de tal sorte que se aplicam às pessoas – pessoas morais, livres e iguais – em geral independentemente do vínculo institucional. Além disso, os deveres naturais são resultado de um processo deliberativo, portanto, da escolha racional da posição original, e não necessariamente, vínculos naturais com a estrutura institucional. As *obrigações*, por sua vez, explicam-se ao serem cumpridas as seguintes condições: i) surgem como resultados de atos voluntários expressos ou tácitos; ii) seu conteúdo está especificado por práticas e regras determinadas por instituições; e iii) são normalmente devidas a indivíduos determinados.

²⁰⁴ Cf. RAWLS, *TJ*, § 18, 122.

²⁰⁵ Em *O Conceito de Direito*, Hart fala sobre as teorias que afirmam haver certa conexão entre direito e moral. Segundo o autor, teorias desse tipo “[...] sustentam habitualmente que o conflito entre o direito e as exigências da moral, mesmo as mais fundamentais, não é suficiente para privar a regra do seu estatuto de direito; interpretam a conexão ‘necessária’ entre o direito e a moral de um modo diverso. Pretendem que para um sistema jurídico existir, deve haver um reconhecimento amplamente difundido, ainda que não necessariamente universal, de uma obrigação moral de obedecer ao direito, embora possa ser superada, em casos concretos, por uma obrigação moral mais forte de não obedecer a leis concretas moralmente iníquas.” Cf. HART, *O Conceito de Direito*, 171. No caso de Rawls, esse dever moral assenta-se, em *Uma Teoria da Justiça*, no dever natural de justiça que, notadamente, será a razão moral pela qual a desobediência civil é justificada.

²⁰⁶ Cf. NAVARRO, *Solidaridad Liberal*, 42.

Existe, ainda, outro tipo de princípios que se aplicam aos indivíduos, que são as *permissões*. Elas, contudo, não são exorbitantemente discutidas por ele, mas apenas caracterizadas genericamente. Neste momento, importa dizer que as permissões referem a atos que os indivíduos cumprem, ou não, com inteira liberdade, podendo, por certo, aludir a ações moralmente irrelevantes ou supererrogatórias. Esses aspectos e características prementes serão vistos mais detalhadamente ao se discutirem tópicos específicos. Aqui, no que respeita aos princípios que se aplicam aos indivíduos, tendo em conta a obediência ao direito, apenas cumpre-se o objetivo de apontá-los.

2.2.1 Os Argumentos a Favor dos Princípios do Dever Natural

A discussão pertinente aos deveres e obrigações naturais é inicialmente desenvolvida nos §§ 18 e 19, e, posteriormente, nos §§ 51, 52 e 53, de *Uma Teoria da Justiça*. Rawls considera necessário eleger, em primeiro lugar, os princípios de justiça para as instituições sociais, posto que assim, conforme aduz, se “*demonstra a natureza social da virtude da justiça, sua íntima ligação a práticas sociais [...]*.”²⁰⁷ Uma vez estipulado o conteúdo da concepção moral das instituições, de acordo com o que assevera Agra Romero, é possível definir as exigências que afetam aos indivíduos, que, tais quais os princípios para as instituições, são escolhidos na posição original.²⁰⁸ Os princípios do dever natural²⁰⁹ são, pois, artificiais, escolhidos – e não naturais à maneira estoica ou mesmo escolástica –, com o objetivo de reforçar os vínculos com as instituições da estrutura básicas da sociedade e de estabelecer os vínculos dos indivíduos com os outros.²¹⁰ Desse modo, identifica e precisa aquilo que os indivíduos *naturalmente* esperam de

²⁰⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 18, 118.

²⁰⁸ Cf. AGRA ROMERO, *J. Rawls: El Sentido de Justicia en una Sociedad Democrática*, 152.

²⁰⁹ Simmons interpreta que o dever natural de justiça é *natural* para Rawls principalmente no sentido que ele se vincula as pessoas independentemente de seus atos voluntários. Além disso, os deveres das pessoas em sua condição natural não é simplesmente uma preocupação central para Rawls. Cf. WELLMAN & SIMMONS, *Is There a Duty to Obey the Law?*, 156.

²¹⁰ Assim como acontecia com a tratativa do sistema jurídico na teoria da justiça, também a temática dos princípios para os indivíduos, dentro da qual se incluem os deveres naturais, pertence à questão da estabilidade da justiça como equidade. Rawls sempre tem em conta esse problema ao se remeter aos deveres naturais. Deve-se, novamente, enfatizar que não se vai enveredar na análise desse problema maior, mas, tão-somente, procurar evidenciar que o dever natural de justiça é a justificação da obediência ao Direito e às leis, por via indireta, tendo em vista as pretensões de Rawls.

seus pares a partir da posição original, entendendo-se por natural o conjunto de deveres escolhidos, deliberados pelas partes, para reforçar seus laços com a estrutura institucional e com seus concidadãos.²¹¹

Ao examinar e desenvolver uma análise da razão pela qual esses princípios que se aplicam aos indivíduos seriam escolhidos na posição original, Rawls retoma o diagrama que ele mesmo havia elaborado àquela altura, em que se encontram expostos os diferentes tipos de princípios na posição original, aplicáveis às instituições, mas também à conduta dos indivíduos.²¹² No que respeita à conduta dos indivíduos, preliminarmente, o diagrama proposto por Rawls traça uma distinção entre: i) o que os indivíduos podem fazer, isto é, as ações indiferentes ou moralmente neutras e as ações *supererrogatórias*²¹³; e ii) o que se exige dos indivíduos, isto é, *obrigações e deveres naturais*.

²¹¹ No § 77 (nota 31, primeira edição traduzida, nota 32, tradução baseada na edição revista), ao discutir o fundamento da igualdade, Rawls apresenta a interpretação que sugere ao conceito de direitos naturais: “*Em primeiro lugar, ele explica por que é adequado dar esse nome aos direitos protegidos pela justiça. Essas reivindicações dependem apenas de alguns atributos naturais, cuja presença pode ser verificada pelo raciocínio natural, seguindo métodos de investigação determinados pelo senso comum. A existência desses atributos e das reivindicações neles baseadas é estabelecida independentemente das convenções sociais e das normas legais. A adequação do termo ‘natural’ está no fato de ele sugerir a contraposição entre os direitos identificados pela teoria da justiça e os direitos definidos pela lei e pelos costumes. Mas, mais que isso, o conceito de direitos naturais inclui a ideia de que esses direitos são atribuídos em primeiro lugar às pessoas, e que lhes é conferido um peso especial. Reivindicações facilmente superadas por outros valores não constituem direitos naturais. Ora, os direitos protegidos pelo primeiro princípio têm duas características, em vista das regras de prioridade. Assim, a justiça como equidade tem as marcas características de uma teoria dos direitos naturais. Não só ela fundamenta os direitos essenciais nos atributos naturais e os distingue das normas sociais, mas também atribui direitos às pessoas através dos princípios da justiça igual, tendo esses princípios uma força especial que outros valores não podem normalmente sobrepujar. Embora os direitos específicos não sejam absolutos, o sistema de liberdades iguais é absoluto em termos práticos, contanto que as condições sejam favoráveis.*” Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 77, 695. Nesse caso, direitos naturais são aqueles que decorrem exclusivamente da teoria da justiça, que são, portanto, protegidos pela justiça. Vale lembrar aqui as liberdades e os direitos específicos pelos princípios de justiça

²¹² Segundo o diagrama elaborado por Rawls, a ordem prioritária da escolha, na posição original, obedece à seguinte importância: i) princípios para instituições, ii) princípios para os indivíduos, iii) princípios para o direito internacional, e iv) regras de prioridade. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 18, 116.

²¹³ As ações *supererrogatórias* são aquelas que não são nem exigidas e nem proibidas pela moral, como a benevolência, a coragem, a compaixão. Com efeito, Rawls afirma que a moralidade *supererrogatória* tem dois aspectos, quais sejam: por um lado, o amor pela humanidade que se manifesta na promoção do bem comum de modos que vão muito além de nossos deveres e obrigações naturais (Essa modalidade não é para pessoas egoístas, e suas qualidades peculiares, segundo o autor, são as da benevolência, de uma elevada sensibilidade aos sentimentos e necessidades dos outros e de uma humildade adequada, além do desprendimento em relação à própria pessoa); e por outro lado, a moralidade de autodomínio,

Rabenhort declara que os *deveres naturais* são assim denominados em virtude do fato de eles não decorrerem de um engajamento contratual e não possuem qualquer relação necessária com as instituições ou práticas sociais, de tal sorte que o seu conteúdo não é definido pelas regras institucionais.²¹⁴ Uma vez que seja assim, Rawls preceitua que esses *deveres naturais* “[...] *constituem uma parte essencial da concepção do justo: definem nossas ligações institucionais e o modo como nos vinculamos uns aos outros*”²¹⁵, posto que, com sua definição, completa-se a concepção da justiça como equidade.

Para Dworkin, os *deveres naturais* são aqueles que as partes imporiam a si mesmas nos termos da posição original. Esses deveres, no entanto, são intrinsecamente caracterizados pelo auto interesse, de tal modo que se pode arguir que são os deveres dos homens que definem seu auto interesse, e não o contrário. Sem embargo, designam-se *naturais* no sentido de que eles não são produtos de nenhuma legislação, convenção ou contrato hipotético.²¹⁶ Desse modo, como o expressa esse autor,

Trata-se de um argumento que não tem por objetivo decidir quais são os deveres particulares de um homem, permitindo que ele consulte seu próprio interesse, mas sim que deixe de lado quaisquer avaliações de interesse próprio, a não serem aquelas que dizem respeito ao dever.²¹⁷

que se manifesta em sua forma mais simples na atitude de cumprir sem nenhuma dificuldade as exigências do justo e da justiça. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 72, 531.

²¹⁴ Cf. RABENHORT, *Dever e Obrigação*, 294. In: FELIPE, **Justiça como Equidade**.

²¹⁵ Cf. RAWLS, *TJ*, § 51, 370.

²¹⁶ Cf. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, 273. Deve-se ressaltar que Dworkin está discutindo o fato de a teoria de Rawls ser efetivamente baseada em direitos, o que para ele é o caso, uma vez que é sustentada no único e verdadeiro direito natural à igualdade de consideração e respeito, que decorre exclusivamente do fato de os seres humanos serem capazes de elaborar projetos e fazer justiça. Nesse sentido, ao falar de direitos, fala igualmente em deveres naturais os quais, efetivamente, nessa concepção, não decorreriam de um contrato hipotético e abstrato, mas da própria *naturalidade* do direito, honrando, desse modo, o fundo liberal de Rawls. Embora Rawls afirme que eles decorrem da escolha de princípios para os indivíduos na posição original, e tendo em vista que visam a dar completude à visão da justiça como equidade, é perfeitamente plausível, como faz Dworkin, entendê-los como vinculados ao direito natural à igualdade de respeito e consideração, que é pressuposto por Rawls. Assim, “o pressuposto mais básico de Rawls não é o de que os homens tenham direito a determinadas liberdades que Locke ou Mill consideravam importantes, mas que eles têm direito ao igual respeito e à igual consideração pelo projeto das instituições políticas.” Cf. DWORKIN, *op. cit.*, 281-2

²¹⁷ Cf. DWORKIN, *op. cit.*, 272.

Diante do exposto, observa-se que Dworkin avalia os deveres naturais não como definidores dos deveres particulares dos indivíduos numa sociedade, mas, ao contrário, entende-os como ausência de interesse próprio e, quando existem interesses, esses não são exclusivos de alguém em especial, mas de todos os homens.

Como visto, no modelo rawlsiano, os *deveres naturais* têm primazia em relação às *obrigações*, uma vez que derivam da vinculação dos indivíduos às instituições, num esquema de cooperação social, que independe da aceitação voluntária de algum compromisso. Embora Rawls trate de alguns *deveres naturais*, que podem ser negativos e positivos, deixa claro que existem muitos, e que não é sua pretensão reuni-los sob um único princípio, como faz com as obrigações.²¹⁸ Genericamente, os *deveres naturais* são caracterizados por Rawls do seguinte modo²¹⁹: i) aplicam-se aos indivíduos independentemente de seus atos voluntários; ii) não têm nenhuma relação necessária com instituições ou práticas sociais, pois seu teor não é definido pelas regras dessas instituições; e, iii) aplicam-se aos indivíduos independentemente de suas relações institucionais, pois vigoram entre todos, considerados como pessoas morais iguais.

Embora Dworkin não entenda que os deveres naturais possam decorrer de um contrato abstrato ou hipotético, Rawls alimenta a conjectura de que a justiça como equidade permite princípios incondicionais aos indivíduos desde que se demonstre que eles são aqueles que as partes, na posição original, concordariam como princípios que definem os deveres naturais os quais, uma vez formulados, aplicar-se-iam a todos, incondicionalmente. Sendo assim, então, pode-se dizer que seguindo o raciocínio de Dworkin eles não são única e exclusivamente derivados de um contrato, mas do próprio direito natural à igualdade de consideração e respeito²²⁰, o qual, conceitual e teoricamente, é expresso através de um contrato hipotético, numa situação inicial de igualdade, como é o caso da posição original.

²¹⁸ Mostra-se relevante aqui apontar uma discussão secundária pertinente a hierarquia entre os deveres naturais. Rawls declara que: “A distinção entre deveres naturais positivos e negativos é intuitivamente clara em muitos casos, mas muitas vezes pode falhar. Não vou insistir neste ponto. A distinção só é importante em sua ligação com o problema da prioridade, já que parece plausível afirmar, quando a distinção é clara, que os deveres naturais negativos têm mais peso que os positivos.” Cf. RAWLS, *TJ*, § 19, 122. Sendo assim, os deveres naturais negativos, que, *grosso modo*, exige do indivíduo que não faça algo que é considerado ruim, são prioritariamente superiores aos deveres naturais positivos, isto é, aqueles que exigem dos indivíduos que façam algo de bom pelo próximo.

²¹⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 19, 122-3.

²²⁰ Cf. DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, 282

De acordo com Rawls, do ponto de vista da justiça como equidade, o *dever natural*²²¹ mais importante, entre aqueles que apresentados por Rawls, é o *dever natural de justiça* que se explica como o dever de apoiar e promover instituições justas. Note-se que tem dois aspectos, quais sejam: i) o indivíduo deve cumprir a sua parte obedecendo às instituições justas existentes que lhe dizem respeito; e, ii) o indivíduo deve cooperar para a criação de organizações justas quando elas não existem, pelo menos quando pode-se fazê-lo sem ônus pessoal. Esse aspecto vincula todos os indivíduos à estrutura básica da sociedade, desde que suas instituições sejam justas. Assim sendo, quando uma instituição elementar é justa, todos têm o dever natural de fazer o que deles se exige, pois cada um está comprometido, independentemente de seus atos voluntários. Mas, por que esse dever seria escolhido na posição original, e não outro, em especial, o princípio da utilidade? Rawls trata dessa questão como fez na questão da escolha dos princípios para as instituições: a escolha deve ser feita a partir de uma pequena lista de princípios tradicionais e familiares, que objetivamente, é completada por duas alternativas, quais sejam, o princípio da utilidade e os princípios da justiça como equidade.

A escolha dos princípios para os indivíduos é mais simplificada do que a escolha dos princípios das instituições. Isso se explica porque os princípios para as instituições já foram adotados. É inegável que, por conta da prévia escolha dos princípios da justiça, a existência de uma restrição: as alternativas factíveis ficam reduzidas àquelas que estabelecem uma concepção coerente do dever e da obrigação em relação aos princípios para as instituições. Uma vez que esse seja o caso, Rawls sustenta que, na posição original, deixando de lado o princípio utilitarista, as partes haveriam de escolher os princípios de justiça como parte da concepção do justo aplicada aos indivíduos, nos termos do *dever natural de justiça*.²²² Assim, o *dever natural de justiça* estabelece

²²¹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 51, 370.

²²² Rawls adverte que as partes, na posição original, escolheriam, para os indivíduos, os princípios da justiça como equidade. A razão disso está no fato de que a adoção do princípio utilitarista conduziria a uma concepção incoerente do justo tendo em vista que os critérios para as instituições não se adaptam adequadamente com os critérios para os indivíduos. Assim, no caso de cada um que ocupa uma posição social relevante, regulada pelos princípios da justiça, mas adota individualmente a concepção utilitarista de princípio para os indivíduos, Rawls sustenta que esse quadro conduziria a um conflito entre os princípios para as instituições e os princípios para os indivíduos, pois a existência de instituições implica certos padrões de comportamento individual que estão de acordo com regras publicamente reconhecidas, derivadas dos princípios para instituições, que entrariam em confronto com as determinações individuais do princípio da utilidade. Sendo assim, as decisões desse indivíduo, se

uma concepção de dever coerente com os princípios para as instituições, que é distinta do condicionamento da obediência a instituições justas a certos atos voluntários, isto é, *obrigações*. Embora à primeira vista, o condicionamento da obediência a obrigações decorrentes da aceitação de benefícios provenientes de ordenações justas parece estar mais de acordo com a ideia de contrato, pois enfatiza o consentimento livre e a proteção da liberdade, Rawls afirma que não é razão suficiente para a adoção dessa perspectiva, pois a quota máxima das liberdades iguais já está garantida, em função da ordenação lexical dos dois princípios. Ademais,

[...] as partes têm todos os motivos para assegurar a estabilidade de instituições justas, e a maneira mais fácil e mais direta de fazê-lo é aceitar as exigências de apoiá-las e acatá-las independentemente de nossos atos voluntários.²²³

Observa-se ainda que, na defesa dos deveres naturais, Rawls desenvolve outro modo de justificar e reforçar a argumentação em seu favor mediante a perspectiva dos bens públicos, anteriormente desenvolvida. Numa sociedade bem ordenada, o conhecimento público de que os cidadãos têm um *senso de justiça*, fato esse que constitui um relevante valor social, tende a estabilizar as ordenações sociais justas, pois reforça, nos indivíduos, o desejo de agir de acordo com os princípios de justiça. A instabilidade, contudo, é grave problema, e mesmo quando o problema do isolamento é superado e a existência sistemas bastante amplos para a produção de bens públicos é verificada, Rawls argumenta que existem dois tipos de tendências que conduzem à instabilidade, a saber: i) a primeira centra-se numa postura egoísta, na qual cada pessoa se sente tentada a deixar de fazer a sua parte, embora desfrute dos benefícios oriundos dos bens públicos²²⁴; e, ii) a segunda nasce de apreensões acerca da lealdade de seus concidadãos.²²⁵

Assim posto, o problema da garantia – que é o da manutenção da estabilidade – reside na manutenção da estabilidade pela supressão das

considerados os princípios para as instituições e os princípios para os indivíduos, seriam opostas, isto é, incoerentes. Portanto, “*embora o princípio da utilidade possa ter um lugar dentro de certos contextos devidamente circunscritos, está de antemão excluído como explicação geral da noção de dever e de obrigação.*” Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 51, 371.

²²³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 51, 372.

²²⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 51, 373.

²²⁵ Rawls declara que essa segunda espécie de instabilidade tende particularmente a acentuar-se quando é perigoso ater-se a regras que os outros não acatam, como por exemplo, nos acordos acerca do desarmamento. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 51, 373.

tentações da primeira espécie, e, posto que isso decorra das instituições públicas, as da segunda espécie, numa sociedade bem ordenada, desaparecem também. Assim sendo, se os vínculos políticos dos cidadãos forem baseados num princípio de obrigação, como ocorria em *LO*, no contexto do dever de *fair play*, complicar-se-ia o problema da garantia, pois, como supõe Rawls, os cidadãos não aceitariam vincular-se nem mesmo a uma constituição justa, se antes não aceitassem e tivessem a intenção de continuar aceitando os benefícios, levando-se em consideração que esta aceitação deve ser, num certo sentido, voluntária.²²⁶ Sendo assim, em vista do problema da garantia – relacionado com o problema da estabilidade –, os vínculos com a ordem política e jurídica devem ser dimensionados e equacionados de um modo diverso que de uma forma que exige a vinculação do indivíduo por meio da obrigação. Pois, nesse caso – retomando a crítica de Hume ao contratualismo, já referenciada – como explicar os vínculos de obediência, configurados como obrigação, nos termos que Rawls a define, se os indivíduos já nascem numa sociedade e dela não podem sair. É uma questão complexa e exige de Rawls que o vínculo com a sociedade, depois de *Legal Obligation*, seja estabelecido de um modo distinto de uma obrigação, e que levará Rawls a desenvolver a seguinte compreensão.

Rawls sustenta, então, como solução a esse problema, que as partes, na posição original, reconhecem o *dever natural de justiça*, como o mais importante princípio aplicado aos indivíduos, pois que leva a uma concepção adequada e coerente do justo e não submete o vínculo de obediência com as instituições por meio de obrigações, mas na forma e nos termos de um dever natural. Assim, Rawls estatui:

Dado o valor de um senso de justiça público e eficaz, é importante que o princípio que define os deveres dos indivíduos seja simples e claro, e que assegure a estabilidade das organizações justas. Presumo, portanto, que o dever natural de justiça seria escolhido em detrimento de um princípio de utilidade, e que, do ponto de vista da teoria da justiça, esse dever constitui a exigência fundamental em relação aos indivíduos. Os

²²⁶ Péres Bermejo coteja, ao explicar a respeito do *princípio da equidade* (*principle of fairness*), definido nos §§ 18 e 19, que o antigo dever de *fair play* se vê refletido nesse princípio, ainda sem alteração quanto ao seu significado, mas com a ressalva de que têm um papel mais limitado dentro do problema da obediência ao Direito. Mais a frente, esse princípio será estudado. Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 236-7.

princípios da obrigação, embora compatíveis com ele, não são alternativas, tendo antes um papel complementar.²²⁷

O *dever natural de justiça* não é o único na teoria da justiça como equidade: existem outros deveres naturais que o autor defende. Assim, conforme se observa no diagrama elaborado por Rawls e na discussão em favor dos deveres naturais, apesar de Rawls advertir que existem outros, efetivamente, entre os que de fato menciona, pode-se falar de um *dever natural de ajuda mútua*, de um *dever natural de mútuo respeito*, de um *dever natural de não lesar ou ferir outrem* assim como de um *dever natural de não infligir sofrimentos desnecessários*. Esses *deveres*, tal qual acontece com o *dever natural de justiça*, são devidos por todos os indivíduos independentemente de seus atos voluntários. E o reconhecimento dos mesmos, por parte de cada um, não repousa num consentimento voluntário, mas na consciência pública de que se vive numa sociedade na qual os indivíduos podem confiar uns nos outros.²²⁸ Pode-se, então, estabelecer uma relação entre eles e o contratualismo: não dependem do assentimento individual em situações e circunstâncias concretas, mas são derivados do contratualismo, na medida em que resultam da escolha na posição original, como resultado de um acordo hipotético.²²⁹

No que diz respeito ao *dever natural de respeito mútuo* – não mencionado na arguição textual no §19 –, Rawls sustenta que, sendo um dever positivo, trata-se de manifestar a uma pessoa o respeito que lhe é devido como ser moral, com um senso de justiça e uma concepção de bem. Evidentemente, esse dever está estritamente vinculado à concepção moral de pessoa, que traduz a personalidade moral de cada um e é demonstrado, inicialmente, pela disposição de ver a situação dos outros de seu ponto de vista, isto é, de sua concepção de bem e pela atitude de justificação das próprias razões, quando ela for exigida em virtude de que os interesses alheios são afetados significativamente. Assim posto, por essas duas formas de demonstração do valor da personalidade corresponderem aos dois aspectos da personalidade moral, conjectura que,

[...] quando exigidas, as razões devem ser expostas aos interessados; devem ser apresentadas de boa-fé, com a convicção de que são razões

²²⁷ Cf. RAWLS, *TJ*, § 51, 373-4.

²²⁸ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 51, 375.

²²⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 19, 124.

sólidas, correspondendo a uma concepção mutuamente aceitável da justiça que leva em consideração o bem de cada um. Assim, respeitar um outro como uma pessoa moral é tentar entender, do seu ponto de vista, seus objetivos e interesses e apresentar-lhe ponderações que o capacitem a aceitar os limites impostos à sua conduta. Uma vez que um outro deseja, vamos supor, regular suas ações segundo princípios aceitáveis para todos, ele deveria estar a par dos fatos pertinentes que explicam as limitações que deverá aceitar para agir nesse sentido, o respeito também se mostra por meio da disposição para prestar pequenos favores e cortesias, não por causa de seu valor material, mas porque são uma expressão apropriada da nossa percepção das aspirações e sentimentos de outra pessoa. A razão para o reconhecimento desse dever está no fato de que, embora as partes na posição original não estejam interessadas nos interesses dos outros, elas sabem que no convívio social precisam da garantia da estima de seus consócios. Sua auto-estima e sua confiança no valor de seu próprio sistema de objetivos não pode suportar a indiferença e muito menos o desprezo dos outros. Todos, portanto, se beneficiam com o fato de viverem numa sociedade na qual se pratica o respeito mútuo. O preço a ser pago pelo interesse próprio é comparativamente menor do que o apoio recebido ao senso de valor pessoal.²³⁰

O *dever natural de ajuda mútua*, que é um dever positivo, isto é, exige dos indivíduos que façam alguma coisa, é discutido por Rawls em duas ocasiões, a saber, no § 19 e no § 51. Segundo Rawls, o raciocínio que o justifica, assim como os demais *deveres naturais*, é semelhante ao dever anteriormente caracterizado. Tal como Kant, pode-se dizer, para o qual o fundamento para a proposta do dever de ajuda mútua consiste na possibilidade de surgirem situações em que os indivíduos precisem da ajuda uns dos outros²³¹, Rawls sustenta que o não reconhecimento desse

²³⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 51, 374-5.

²³¹ De fato, para Kant, existe aquilo que se chama de dever de ajuda aos pobres, isto é, a perspectiva da beneficência. Dutra ampara o entendimento de que essa perspectiva, em Kant, corresponde a um complemento de uma formulação que se alicerça no próprio conceito de liberdade. Cf. DUTRA, *Manual de Filosofia do Direito*, 74. Noutra passagem, Dutra esclarece

dever equivaleria a privação mútua, por parte dos indivíduos, de sua assistência. Assim, embora em situações especiais, os indivíduos desenvolvam ações ou tenham que fazer coisas que não são do seu interesse, é bem provável que lucrem, pelo menos em longo prazo e em circunstâncias ditas normais, com o contexto que socialmente estão criando.

Em cada caso particular o ganho da pessoa que precisa de ajuda supera em muito a perda dos que são chamados a prestá-la; e supondo que as probabilidades de vir a beneficiar-se não são muito “menores” do que as de ter de oferecer ajuda, o princípio é claramente do nosso interesse.²³²

Essa razão, apesar de forte, não é a única, e nem a mais importante que corrobora a justificação em prol desse dever. Para Rawls, o fator preponderante estaria efeito genérico sobre a qualidade de vida que proporciona tendo em vista “*o conhecimento público de que estamos vivendo numa sociedade em que podemos contar com a assistência dos outros em circunstâncias difíceis é por si só um grande valor.*”²³³ Nesse sentido, a observação de que se procura um resultado positivo, na balança de ganhos em *stricto sensu* resulta sem importância, pois o valor básico que harmoniza não é medido pela ajuda que cada qual recebe no seio de uma sociedade bem ordenada, mas sim, pelo senso de segurança e confiança nas boas intenções dos demais indivíduos, o que resulta no conhecimento público de que, em situações de necessidades, todos podem contar com todos.

A sustentação desse dever, naturalmente, se coloca no sentido da promoção da coesão social, posto que, no caso de uma sociedade rejeitar publicamente esse princípio para os indivíduos, nos termos de um dever natural, seria notório, por parte deles, a expressão de uma indiferença, e mesmo um desdém pelos seres humanos. Como resultado, seria impossível para eles o desenvolvimento do senso do próprio valor. Sendo assim, o dever de ajuda mútua, negando, pois, o interesse

que a ajuda aos pobres permite que todos deem seu consentimento ao estabelecimento da união civil e ao sistema de propriedade, de forma consistente com o dever de honrar corretamente a humanidade em cada um, visto que a subsistência na sociedade não fica, assim, dependente de outro, de tal forma que atender os pobres é um dever, tanto quanto entrar na sociedade. Ou seja, quem quer os fins, como uma sociedade justa, quer os meios, como a ajuda aos pobres. Cf. DUTRA, *op. cit.*, 85.

²³² Cf. RAWLS, *TJ*, § 51, 375.

²³³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 51, 375.

egoístico, mediante a referência às coisas que os indivíduos devem fazer, quando essas não significarem perdas ou riscos para si mesmos, valoriza a dignidade humana, pois procedendo desse modo, dá segurança às pessoas para agirem confiando umas nas outras, como partes de uma sociedade, que através das suas instituições fundamentais, é justa.²³⁴

Rawls fala também de outros deveres naturais, entre os quais estão o *dever natural de não lesar ou ferir outrem* e o *dever natural de não infligir sofrimentos desnecessários*, os quais, por serem deveres negativos, estatuem evidentemente que os indivíduos deixem de fazer alguma coisa, no presente caso, não causar um dano, da ordem de lesão, ferimento e sofrimento. Além disso, embora pouco explorado pelo autor, talvez seja importante mencionar, haja vista a importância para a investigação, o *dever natural de respeito à constituição justa e às leis básicas*, pelo qual os indivíduos têm o dever de acatar uma constituição justa assim como as leis produzidas sob essa constituição.²³⁵

A argumentação anterior é aplicada também, conforme Rawls deixa claro, a esses deveres naturais, pois, numa sociedade, como a sociedade democrática, fortalece os vínculos sociais quando os indivíduos que dela fazem parte tem atitudes como as decorrentes desses deveres. Mesmo que não tenham nenhuma ligação com instituições ou prática sociais, embora seus efeitos sejam evidentemente desejados, tendo em vista que seu teor não guarda vínculos e nem é definido pelas regras das instituições, os indivíduos têm tais deveres independentemente de terem-se, ou não, comprometidos com esses atos em virtude da vinculação advinda da aplicação a todos como um dever natural.²³⁶ De fato, Rawls entende que quando qualquer dever natural é tomado isoladamente, são óbvias as razões que levam a sua adoção, pois se compreende que é melhor tê-los à ausência completa de exigências dessa natureza. Contudo, Rawls reconhece que a dificuldade verdadeira está em sua especificação mais detalhada e em questões de prioridade, isto é, a ordem de valor que eles deveriam ocupar, no caso de conflitos entre si, com as *obrigações* e com as *permissões*. Como Rawls já apontara, nos §§ 18 e 19, essas questões não são fundamentais no conjunto geral da teoria da justiça, embora mereçam discussões pontuais. Segundo Rawls,

²³⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 19, 125; § 51, 376.

²³⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 52, 382.

²³⁶ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 19, 122-3.

Não existem regras óbvias para resolver essas questões. Não podemos dizer, por exemplo, que os deveres antecedem lexicalmente as ações supererrogatórias ou as obrigações. Tampouco podemos simplesmente invocar o princípio utilitarista para resolver o impasse. As exigências relativas aos indivíduos opõem-se entre si com tanta frequência que essa solução praticamente equivaleria à adoção do padrão da utilidade para os indivíduos; e, como vimos, essa opção está excluída por conduzir a uma concepção incoerente do justo. Não sei como se deve resolver este problema, ou mesmo se é possível achar uma solução sistemática que formule regras úteis e viáveis. Tem-se a impressão de que a teoria para a estrutura básica é realmente mais simples. Uma vez que estamos tratando de um sistema abrangente de regras gerais, podemos confiar que certos procedimentos de agregação suprimam a importância das dificuldades criadas por situações particulares, tão logo adotemos um ponto de vista mais amplo e em longo prazo. Portanto, não tentarei discutir [...] essas questões de prioridade em todo o seu alcance genérico.²³⁷

Rawls, conforme se observa, não tem mesmo como objetivo analisar a prioridade dos deveres naturais, mas em analisá-los diante de casos especiais, em que, por certo, verifica-se o problema da obediência ao Direito, no contexto de uma sociedade quase justa, portanto, no âmbito não mais restrito à teoria ideal, mas à teoria não ideal. Essa análise dá-se nos termos da objeção de consciência e da desobediência civil, que mais adiante, conjugada à questão da legitimidade e da legalidade, será retomada.

Além disso, referente, principalmente, aos princípios para os indivíduos, inspirando-se em Ross, de acordo com o que se verifica, Rawls traça a distinção entre um dever *prima facie* e um dever válido em todas as circunstâncias²³⁸: aquele existe quando permanecem

²³⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 51, 376-7.

²³⁸ Sobre Ross e a distinção entre deveres e obrigações *prima facie*, (Rawls afirma que essa distinção é válida para ambos os conceitos), no que concerne à obediência, Falcón y Tella afirma que: “*La obligación de obediencia a la ley es una obligación prima facie. El concepto prima facie fue utilizado por primera vez por W. David Ross en su obra The right and the good en 1930. La obligación prima facie adquiere su significado frente a la noción de obligación propiamente dicha, actual o sans phrase. Frente a este tipo de obligaciones, de carácter pleno*”

determinadas condições ao passo que este pode ser visto como um dever absoluto, no sentido guardar independência em relação às conjunturas e situações. Assim, para um sistema completo, finito e pleno de princípios, na posição original, pode-se utilizar esta distinção. Rawls, complementarmente, aduz que esta concepção tem, ainda, dois princípios, a saber: i) o princípio que afirma a completude dessa concepção; e, ii) o princípio que o agente deve praticar aquela ação que, dentre todas as possíveis, é julgada a ação justa, à luz do sistema completo. Por força desses princípios, toma-se a ideia de que, por mais que a concepção de justiça não esteja completa, ela não é completa em assuntos secundários, o que, de modo algum, constitui-se um problema, pois, dentre todas as ações, de acordo com o princípio de que o agente deve escolher a ação mais justa, à luz do sistema completo, o indivíduo inclinar-se-á para aquela que, a partir do sistema completo e finito de princípios, mais parece justa de acordo com os mesmos.

Uma vez que seja assim, o conflito entre os princípios – *deveres naturais, obrigações e permissões* – pode ser resolvido, na justiça como equidade, pelas regras de superioridade. Dessa maneira, “*o juízo correto depende de todas as características pertinentes, tais quais identificadas e calculadas pela concepção do justo.*”²³⁹ Como conclusão em relação à justificação da obediência ao direito e às leis, que se dá por via indireta, pode-se sustentar que, para Rawls, a obediência se coloca, pois, como um dever *prima facie*, nos termos definidos por Ross. Os indivíduos têm, portanto, um dever que atinge a todos igualmente, derivado da posição original, como um princípio para os indivíduos escolhido pelas partes, pelo qual todos devem: i) apoiar e promover instituições justas; e, ii) trabalhar por sua existência, inclusive quando inexistam.²⁴⁰ Deste modo, a obediência ao direito e às leis é decorrente de um dever de justiça que não depende diretamente do usufruto de benefícios, mas, da validade e da presença de determinadas circunstâncias, a saber: que quando as instituições básicas de uma sociedade for justa, ou tão justa quanto se possa razoavelmente esperar nas circunstâncias concretas, todos têm um dever natural de fazer o que deles se exige e, portanto, no que diz respeito à obediência, de obedecer ao Direito e às leis.

o perfecto, la obligación prima facie es sólo la tendencia a ser una obligación. También se puede definir la obligación prima facie contraponiéndola a la obligación «absoluta», la cual, a diferencia de la primera, no puede ser superada por ninguna otra.” Cf. FALCÓN Y TELLA, La Obligación Política de Obediencia del Individuo, 100.

²³⁹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 51, 378.

²⁴⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 51, 370.

2.2.2. Os Argumentos a favor do Princípio da Equidade e as Permissões

Uma sociedade bem ordenada é aquela em que as instituições básicas da sociedade são reguladas pelos dois princípios de justiça, entre os quais, encontra-se o ordenamento jurídico. Se a obediência à lei e ao direito é explicitamente definida pelo dever natural de justiça, as *obrigações*, todas elas, segundo estatui Rawls, originam-se do *princípio da equidade*, conforme explicitado nos §§ 18 e 19, de *Uma Teoria da Justiça*. O princípio da equidade (*principle of fairness*), segundo Rawls, afirma que um indivíduo tem a obrigação de fazer a sua parte, especificada pelas regras de uma instituição, desde que tenha aceitado o sistema de benefícios ou se tenha beneficiado das oportunidades que a instituição oferece para a promoção de seus interesses, contanto que essa instituição seja justa ou equitativa.²⁴¹ A noção intuitiva que Rawls expressa é aquela de que, quando um número de pessoas se envolve num empreendimento cooperativo mutuamente vantajoso, seguindo certas regras e assim restringindo voluntariamente a própria liberdade, aqueles que se submeteram a essas limitações têm direito a uma aceitação semelhante por parte dos que se beneficiaram com a sua submissão. Rawls preceitua abertamente a negativa quanto a se aproveitar dos esforços cooperativos dos demais indivíduos sem que cada faça a parte que cabe a si mesmo.

Ademais, é importante ter em conta a composição do princípio da equidade. Segundo Rawls, ele tem duas cláusulas específicas²⁴², quais sejam: i) uma que afirma como contraímos obrigações, isto é, praticando várias ações voluntariamente; e, ii) outra que estabelece a condição de que a instituição envolvida seja justa, pelo menos na medida em que é razoável esperar nas circunstâncias concretas.

Segundo se extrai das afirmações textuais de Rawls, a primeira cláusula tem por escopo a formulação das condições necessárias para que esses atos voluntários tenham como resultado as obrigações²⁴³, ao passo que a segunda cláusula existe, decididamente, com o propósito de assegurar que as obrigações se originem mediante a satisfação de certas condições básicas, a saber, que as instituições, para que as obrigações existam efetivamente, sejam justas. Apenas respeitando essas condições

²⁴¹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 52, 380.

²⁴² Cf. AGRA ROMERO, *op. cit.*, 152-3.

²⁴³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 18, 120.

tem-se a existência de uma *obrigação*.²⁴⁴ Esse fato caracteriza, por si só, que instituições e leis injustas, mesmo se aceitas pelas partes na posição original, não gerariam obrigações. Nesse sentido, diz Rawls textualmente

Aceitar instituições explicitamente injustas, ou mesmo consentir com a sua existência, não gera nenhum tipo de obrigação. É consenso geral que promessas extorquidas são nulas *ab initio*. De maneira semelhante, organizações sociais injustas são em si mesmas uma espécie de extorsão, e até de violência, e o fato de aceitá-las não cria obrigações.²⁴⁵

Contudo, a ideia do princípio da equidade como explicação dos vínculos com a ordem institucional, especialmente, a ordem jurídica e seus derivados, não é nova. Apesar da nova caracterização, que será vista, ela é, de certo modo, um eco, um reflexo daquilo que, em *Legal Obligation*, Rawls denominou de dever de *fair play*, e, como visto, esse dever inspira-se em Hart. Contudo, no âmbito da discussão em torno da obediência ao direito, seu papel, em virtude do dever natural de justiça, na forma como é configurado em *Uma Teoria da Justiça*, é bastante limitado, pois que se relaciona exclusivamente com as *obrigações*, os vínculos e os compromissos que, de acordo com a definição de *obrigação*, recaem sobre pessoas singulares em relação com atos performativos ou atos institucionais mediante os quais promovem seus próprios fins.²⁴⁶

²⁴⁴ Ao argumentar em prol do princípio de equidade Rawls confirma sua afinidade com o contratualismo e, especialmente, sustenta que esse princípio – e vale lembrar aqui sua filiação ao dever de *fair play*, que sofreu severas críticas por abrir margem à vinculação de alguém a um sistema injusto – estabelece parâmetros adequados para que alguém se vincule a um grupo ou pessoa de modo justo. Nesse sentido, argui que “[...] particularmente, não é possível dever obrigações a formas autocráticas e arbitrárias de governo. Nesses casos, não existe a base necessária para que as obrigações se originem de atos consensuais ou de outro tipo, independentemente de como eles se expressem. Os vínculos obrigacionais pressupõem instituições justas, ou razoavelmente justas segundo as circunstâncias. Portanto, é um erro argumentar contra a justiça como equidade, e as teorias contratualistas de uma forma geral, alegando que elas têm como consequência o fato de os cidadãos deverem obrigações a regimes injustos que conquistam seu consentimento sob coerção, ou conseguem a sua aceitação tácita de modos mais refinados. Locke, em especial, foi objeto dessa crítica equivocada que ignora a necessidade de certas condições básicas.” Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 18, 120.

²⁴⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 52, 380.

²⁴⁶ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 236.

Antes do desenvolvimento da análise do princípio da equidade (*principle of fairness*), Rawls faz um esclarecimento preliminar, cuja importância coloca-se no contexto da discussão em torno de uma possível vinculação da obrigação ao dever natural de justiça e, que no âmbito da obediência ao direito revela-se significativamente relevante. Traduzida noutros termos, a questão poderia ser colocada do seguinte modo: dada a existência dos princípios do dever natural, sobretudo do dever natural de justiça, por que haveria a necessidade do princípio da equidade para a explicação das obrigações?

De fato, Rawls afirma que os vínculos de obrigação poderiam ser explicados pelos deveres naturais, “*pois quando uma pessoa se vale de uma estrutura institucional, as regras dessa estrutura se aplicam a ela e o dever de justiça existe.*”²⁴⁷ Sendo assim, para que as obrigações possam ser explicadas por meio dos deveres naturais, Rawls sustenta que simplesmente “*basta interpretar as ações voluntárias exigidas como ações através das quais os nossos deveres naturais são livremente ampliados.*”²⁴⁸ Realmente, por conta da existência desse sistema, mediante suas ações, os indivíduos se lhe estão vinculados, de tal forma que esses vínculos do dever natural são agora ampliados. Percebe-se que, nesse contexto da vinculação da obrigação aos princípios do dever natural, entre os quais, o do dever natural de justiça, para que melhor se explique o vínculo com o Direito, há que se distinguir, pelo menos, entre dois tipos de instituições, que no entendimento de Rawls, são fundamentais. Assim,

[...] parece apropriado fazer uma distinção entre aquelas instituições, ou aspectos institucionais, que inevitavelmente devem aplicar-se a nós por termos nascido em seu seio e por elas regularem a gama total de nossas atividades, e aquelas que se aplicam a nós porque livremente praticamos certas ações, como uma forma institucional de promover nossos objetivos.²⁴⁹

É à luz disso que se compreende a razão pela qual os indivíduos têm o dever natural de acatar a constituição ou as leis básicas que regulam a propriedade assim como a obrigação de se cumprir os deveres de um cargo conquistado ou de seguir as regras de associações ou atividades às quais se filiam. Portanto, ao se associarem a alguém ou a

²⁴⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 52, 381.

²⁴⁸ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 52, 381.

²⁴⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 52, 381.

um grupo, os indivíduos tomam para si a compromisso de seguir aquelas normas estabelecidas entre eles, o que serve igualmente para todas as demais formas de associação e leis em geral. Essa distinção reforça, igualmente, que algumas instituições aplicam-se aos indivíduos simplesmente por nascerem numa tal sociedade, independentemente de ações voluntárias de criação, e permite superar a crítica que Hume desferiu contra o contratualismo pela via de que tais indivíduos devem dar seu assentimento.

Sendo assim, segundo sustenta Péres Bermejo, pode-se interpretar que Rawls quer enfatizar e evidenciar a submissão natural ao Direito de todos os cidadãos de uma sociedade bem ordenada, por meio de uma independência dessa submissão em relação a seus atos voluntários ou a situação de prejuízo ou, ainda, a benefício econômico, isto é, se está vinculado ao Direito pelo simples fato de se nascer numa determinada sociedade. É com esse objetivo, pode-se arguir, que para pôr em relevo esse aspecto da submissão ao Direito o autor conjugou dois tipos de fundamento de obediência diferentes, ainda que sejam complementários: o que vincula os indivíduos de forma geral ou natural, e o que se aplica especificamente a casos de benefício ou voluntariedade.²⁵⁰

Note-se que, todavia, retomando a questão anteriormente apontada – a questão da importância das obrigações na explicação dos vínculos políticos e sociais – o princípio da equidade permite esclarecer e distinguir de modo mais nítido entre aqueles compromissos que são devidos por meio de um dever e aqueles que são devidos mediante ações voluntariamente empenhadas. Assim, as obrigações, pelo menos, no modo como Rawls considera-las-á sob o princípio da equidade, são ponderadas diferentemente dos deveres, o que favorece o entendimento diante de uma situação em que, por não se originarem precisamente do mesmo modo, conflitam entre si. Por essa perspectiva, o fato de as obrigações serem voluntariamente assumidas fatalmente afeta a avaliação que delas o indivíduo faz quando elas se chocam com outras exigências morais, sobretudo, deveres naturais. Além disso,

Também é verdade que os membros mais bem situados da sociedade têm maior probabilidade que os outros de contrair obrigações políticas, que não se confundem com os deveres políticos. Geralmente, são essas pessoas que estão mais

²⁵⁰ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 239.

habilitadas a conseguir um cargo político e a beneficiar-se das oportunidades oferecidas pelo sistema constitucional. Elas, portanto, estão mais fortemente vinculadas ao esquema de instituições justas.²⁵¹

É precisamente quanto ao modo em que as obrigações são voluntariamente assumidas, como vínculos contraídos, que o princípio da equidade concentra-se, no contexto da teoria de Rawls. O autor entende que o *princípio da equidade*, e este é seguramente um aspecto importante, permite oferecer uma explicação mais detalhada dos conceitos de *dever* e de *obrigação*. O conceito de *obrigação*, desse modo, para distingui-lo do de *dever*, tendo-se em conta os *deveres naturais*, será reservado por Rawls exclusivamente para *exigências morais* que derivam do *princípio da equidade*. Seguindo o diagrama do § 18, sabe-se que as demais *exigências morais*, que são distintas das *permissões*, serão denominadas *deveres naturais*, já analisadas. Portanto, uma obrigação *stricto sensu* é aquela que deriva do princípio da equidade, e só nesse sentido é que, na terminologia de Rawls, pode-se, para que se evitem equívocos, falar de obrigações.²⁵²

Por certo, decorre daí que alguns indivíduos, na visão da justiça como equidade, por conta da posição social que ocupam e dos benefícios sociais que desfrutam, isto é, por terem seu sistema de fins mais favorecidos que outros, estão mais obrigados ao esquema geral de cooperação social do que outros – aqueles que se encontram em situação menos favorável. Rawls, a esse respeito, e traçando em tons bem consistentes, uma linha divisória entre o dever natural e o princípio da equidade, na obediência ao direito, afirma o seguinte:

O princípio da equidade [...] vincula apenas aqueles que ocupam cargos políticos [...] ou aqueles que estão em melhor situação, promoveram seus objetivos dentro do sistema. Há, então, um outro sentido de *noblesse oblige*: ou seja, que os mais privilegiados provavelmente terão obrigações que os vinculam de um modo mais forte a um esquema justo.²⁵³

São, de modo geral, essas pessoas que o princípio da equidade, como uma justificação moral de obediência ao Direito, mais

²⁵¹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 52, 381.

²⁵² Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 52, 382.

²⁵³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 19, 124.

estritamente, vincula mediante as obrigações. É importante ter em conta, e isso já foi dito, que o princípio da equidade deriva do dever de *fair play*, que Rawls defendeu no artigo *Legal Obligation*. Por resultar problemático, Rawls promoveu algumas mudanças, já elucidadas. Assim sendo, Péres Bermejo elenca três características²⁵⁴ através das quais Rawls depurou os equívocos da antiga versão: i) a derivação das obrigações por meio do princípio da equidade; ii) a possibilidade de o princípio da equidade vincular a obediência moral ao direito, embora não seja sua especificidade; e, iii) a observância de regras de associações ou atividades em que termos decidido tomar parte, em alusão a normativas privadas de associações particulares, nas quais incluímos uma condição diferente a de mero cidadão submetido às regras públicas do Direito.

É precisamente nesse último aspecto que Rawls mais se concentra e desenvolve no § 52, pois procura esclarecer a relação entre o princípio da equidade e os compromissos decorrentes da vinculação às associações, grupos ou pessoa. Segundo assinala, a obrigação de cumprir a palavra dada, a promessa e os contratos é derivada do princípio da equidade, por meio de um princípio dele derivado, o *princípio da fidelidade*, o qual é aplicado à prática social do ato de prometer.

Como Rawls reconhece, sua análise da promessa é inspirada nas teses de Searle a respeito dos atos de linguagem. Decorrente disso, o autor postula que o argumento que sustenta o *princípio da fidelidade* vinculado à observação de que a promessa é uma ação definida por um sistema público de regras, as quais são um conjunto de convenções constitutivas que objetivam especificar certas atividades e definir certas ações. Assim sendo, a regra constitutiva da promessa é proveniente de uma teoria dos atos de linguagem.²⁵⁵ Tendo-se isso em mente, a

²⁵⁴ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 238-9.

²⁵⁵ No que se refere à análise levada a cabo por Rawls no tangente à promessa, Rabenhorst aduz que ela se sustenta principalmente nas teses de Searle relacionadas aos atos de linguagem. Segundo declara, a tese de Searle consiste em definir a promessa como um ato social irreduzível a um fato bruto qualquer como uma simples declaração de intenção. A promessa é a realização de um ato de linguagem intersubjetivo que produz imediatamente um estado moral ou social de obrigação. A promessa seria, desse modo, uma forma de se submeter a uma obrigação. Essa definição da promessa é proveniente de uma regra constitutiva que estabelece não uma simples condição de reconhecimento de uma promessa, mas a condição permitindo concebê-la como tal. Cabe, porém, aferir que para Searle a promessa é um ato institucional, o qual, diferentemente de um fato bruto, é um fato que depende da existência de determinadas convenções humanas. Essas convenções, ou instituições, são, por sua vez, definidas por um conjunto de regras constitutivas que têm a forma de uma equivalência: “X conta como Y nas

formulação segundo a qual uma pessoa diz as palavras ‘Eu prometo X’ nas circunstâncias apropriadas, ela dever fazer X, a não ser que existam condições excludentes.

A regra do prometer, como Rawls a denomina, e que representa essa prática como um todo, não é por si só um princípio moral, mas uma convenção normativa. É notório que, nesse sentido, ela guarda semelhança com as leis e demais regras jurídicas assim como, também, é similar às regras de jogos, como é caso do xadrez ou o futebol. Conforme ocorre com essas regras, a regra do prometer só existe e ocorre numa sociedade quando se a observa regularmente. Além disso, a justiça da regra do prometer é determinada pelo modo como especifica as circunstâncias e as condições excludentes em que se estabelece uma promessa. É relevante ter em conta que a importância da regra do prometer está no fato da conexão que guarda com o modo pelo qual as obrigações são estabelecidas numa sociedade bem ordenada. Uma vez que seja assim, uma promessa só pode ser estabelecida se houver o respeito à condição de que o *paladio vinculatorium* foi proferido de modo livre ou voluntário, no sentido de que inexistia o condicionamento de ameaças ou de coerção, em que se garanta uma posição equitativa de negociação. Nesse contexto, uma pessoa está livre de uma obrigação se qualquer um desses condicionamentos vier a inexistir, pois

[...] não está obrigada a executar a promessa se os operadores verbais foram pronunciados durante o sono, ou em estado de delírio, ou se ela foi forçada a prometer, ou se uma informação relevante lhe foi deliberadamente sonogada no intuito de enganá-la. Em geral, as circunstâncias que dão origem a uma promessa e as circunstâncias excludentes devem ser definidas de modo a preservar a liberdade igual das partes e a fazer da prática um meio racional pelo qual os homens podem contrair e estabilizar acordos de cooperação visando à obtenção de vantagens mútuas.²⁵⁶

circunstâncias C”. Além disso, acrescenta Rabenhort que é por essa via que Searle esforçou-se por contestar a tese de Hume de que de ser não se pode derivar dever-ser. Sublinha que, para Searle, o enunciado “Eu te prometo” é um enunciado de fato institucional, expresso de modo indicativo, mas que por força da regra constitutiva que o define, implica conseqüências nitidamente normativas. Cf. RABENHORST, *op. cit.*, 296-7.

²⁵⁶ Cf. RAWLS, *TJ*, § 52, 383.

Ocorre que, mesmo a prática da promessa, numa sociedade bem ordenada, está regulada pelos princípios da justiça. Por isso, a justiça como equidade visa a manter a ideia de que, mesmo na contração de promessas, a liberdade igual deve ser respeitada, tendo em vista que “*as restrições em relação às condições apropriadas são necessárias para garantir a liberdade igual.*”²⁵⁷ Além disso, a regra do prometer não é, por si só, uma regra que é justa por definição haja vista que tal fato provocaria uma confusão na distinção correta entre essa regra e a obrigação derivada do princípio da equidade: ela não fornece as razões pelas quais um indivíduo deve respeitar as promessas que faz e, tampouco, fornece os meios de reconhecimento de uma promessa justa.²⁵⁸ Nesse caso, não há tautologia na expressão: a justiça é procedente dos princípios de justiça, pois dada as inúmeras variações que tem a regra constitutiva da promessa, cabe aos princípios determinar se a prática, tal qual é entendida por um indivíduo ou grupo de pessoas, é efetivamente justa.

Com efeito, a análise de Rawls da promessa não é completa sem que se leve em conta a distinção, a saber: i) uma promessa *bona fide*, que consiste naquela que se origina em conformidade com a regra do prometer quando a prática que ela representa é justa; ii) o princípio da fidelidade é o princípio segundo o qual as promessas *bona fide* devem ser cumpridas. Rawls entende que esta distinção é fundamental entre a regra constitutiva da promessa *bona fide* e o princípio da fidelidade, pois

²⁵⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 52, 383.

²⁵⁸ Nesse particular, é válida a remissão ao que explica Rabenhorst. Segundo explica, às teses de Searle, sucedeu a arguição de “[...] vários autores que, procurando preservar a todo custo a cesura humiana entre ser e dever-ser, acusaram Searle (e por extensão, Rawls) de defender uma posição ‘conservadora’ acerca da promessa. Para estes autores, Searle sustentaria que seria ‘logicamente’ impossível pensar que nos não temos o dever de cumprir uma promessa ou, ainda, que a promessa seja uma instituição injusta. Ora, como o próprio Searle observou, tais críticas confundem o que é interno ao ato da promessa (o ato de prometer, alguém contrata uma obrigação) com o que lhe é externo (que a instituição da promessa seja boa ou justa). Neste sentido, [...] a regra constitutiva não implica numa aprovação da instituição da promessa. Tal regras é, na verdade, ‘eticamente neutra’, pois tudo que ela faz é estabelecer, de forma tautológica, uma relação conceptual entre os termos ‘prometer’ e ‘dever’.” Ademais, mais adiante, prossegue aduzindo acerca da incapacidade da teoria dos atos de linguagem, da vertente de Searle, “[...]de fundamentar uma filosofia moral ‘naturalista’ segunda a qual regras e princípios morais poderiam ser obtidos a partir de enunciados fatuais ou descritivos. Para tanto, Searle deveria nos mostrar que de um enunciado do tipo ‘Eu te prometo’, nós podemos derivar não apenas uma conclusão normativa, mas uma conclusão normativa que seja, ao mesmo tempo, um princípio moral. Em outros termos, a teoria dos atos de linguagem deveria indicar como é que nós passamos da obrigação constitutiva da promessa à obrigação moral segundo a qual nós devemos cumprir os nossos engagements.” Cf. RABENHORST, *op. cit.*, 297-8.

ao precisar esta distinção é possível evitar equívocos: a regra constitutiva é simplesmente uma convenção constitutiva e o princípio da fidelidade é um princípio moral procedente do princípio da equidade para o caso da promessa. Sendo assim, quando se faz conscientemente, pronunciando os operadores verbais, sem que se incorra nas excludentes vinculatórias, o indivíduo tem a obrigação de manter a promessa, posto que, nesse caso, ela é uma consequência do princípio da equidade.²⁵⁹

Ora, é precisamente nesse aspecto, no qual a teoria dos atos de linguagem revela os seus limites que, conforme declara Rabenhorst, a análise que Rawls desenvolve a respeito da promessa revela sua pertinência, pois ao estabelecer a distinção entre a regra constitutiva da promessa e o princípio da fidelidade, o qual deriva do princípio da equidade e cuja aplicação vincula-se ao cumprimento da promessa, é permitido superar os defeitos daquela teoria quanto a capacidade de derivar obrigação. Isso procede em virtude de que a regra constitutiva da promessa é proveniente de uma teoria dos atos de linguagem ao passo que o princípio da fidelidade é derivado de um princípio ainda superior, “[...] a saber, o princípio da equidade deslocado da esfera pública (das instituições) para a esfera privada (a relação entre os indivíduos).”²⁶⁰

Por certo, ao se fazer uma promessa, tal qual caracterizada por Rawls, invoca-se uma prática social e aceitam-se os benefícios que ela proporciona no contexto da cooperação social. Mas, pergunta-se Rawls, quais são esses benefícios? A razão comum para que se faça uma promessa é a de criar e estabilizar sistemas cooperativos menores ou um padrão particular de transações, tendo em vista os benefícios para a ordem social como um todo. Aqui, explica Rawls, o papel da promessa é análogo ao que Hobbes atribuiu ao soberano: da mesma forma que o soberano sustenta e estabiliza o sistema de cooperação social, mantendo um conjunto efetivo de penalidades, assim os homens, na ausência de ordenações coercitivas, estabelecem e estabilizam seus empreendimentos particulares, empenhando mutuamente a palavra. Rawls contextualiza tais benefícios ao aduzir que esses empreendimentos são, muitas vezes, difíceis de iniciar e manter,

²⁵⁹ Se se parte dessa definição de obrigação, são concebíveis, por assim dizer, outros tipos de obrigações morais derivadas do *princípio da equidade* e que, portanto, estariam motivadas pela recepção de um benefício voluntariamente aceito e outorgado dentro de um esquema de cooperação justo, como é o caso, por exemplo, do reconhecimento de uma obrigação moral de boa vizinhança, contraída no esquema cooperativo ao que nos temos incorporado voluntariamente. Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 237.

²⁶⁰ Cf. RABENHORST, *op. cit.*, 298.

sobretudo, em contratos nos quais uma pessoa deve atuar antes da outra. Uma vez que ela pode pensar que a outra pessoa não vai cumprir a sua parte, o sistema dificilmente tem condições de um futuro promissor. Em situações como essas, não se pode oferecer nenhuma garantia à parte que deve atuar primeiro a não ser fazer-lhe uma promessa.

Assim, além de se garantir que o sistema tenha funcionalidade, a promessa é um ato praticado com a intenção pública de incorrer deliberadamente numa obrigação, cuja existência, nas circunstâncias dadas, em virtude do princípio da equidade, promoverá os objetivos. Isso se sustenta porque se entende que ambas as partes, nesse caso, são pessoas morais, e, portanto, com um senso de justiça, que se traduz aqui como “*um desejo normalmente eficaz de levar a bom termo as suas obrigações bona fide. Sem essa confiança mútua, nada se realiza com o simples pronunciamento de palavras.*”²⁶¹

Rawls objetiva caracterizar uma sociedade justa, isto é, uma sociedade bem ordenada. Por conta disso, é razoável supor que, quando os seus membros fazem promessas, há um reconhecimento recíproco das intenções de contrair obrigações conjugada a convicção racional mútua de que essas obrigações serão honradas. Percebe-se, assim, que, no que respeita a promessa *bona fide*, o seu cumprimento é decorrente do que preceitua o *princípio da fidelidade*, um caso especial do *princípio da equidade* para a promessa, que leva as pessoas a cumprirem e a honrarem a palavra dada, por força de obrigação, numa sociedade bem ordenada, de tal sorte que redunde por constituir-se num mecanismo de estabilização de sistemas cooperativos menores, como os que resultam do direito civil, na linguagem jurídica brasileira. Desse modo, as partes escolheriam o princípio da equidade, na posição original, em razão dos benefícios que proporciona para os compromissos, no âmbito de uma sociedade bem ordenada. Partindo-se do princípio da equidade, os indivíduos compreendem os seus vínculos morais no estabelecimento livre de uma obrigação, quando propicia vantagens mútuas. Além disso, a segurança das promessas advém do fato do senso de justiça dos cidadãos, isto é, de as partes serem pessoas morais.

É importante salientar, e Rawls sublinha isso, que não são simples promessas que dão origem as obrigações – a doutrina contratualista sustenta que nenhuma exigência moral decorre da mera existência de instituições e da regra do prometer –, mas, somente aquelas baseadas no princípio da equidade, em razão dos princípios da

²⁶¹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 52, 385.

justiça, escolhidos na posição original, que se configuram como princípios éticos, aliás, o único modo pelo qual Rawls admite que surgem as obrigações e os deveres naturais. Rawls sustenta essa posição arguindo que

Juntamente com os fatos relevantes das circunstâncias imediatas, são esses critérios que determinam nossos deveres e obrigações, e destacam o que conta como razão moral. Um motivo moral (sólido) é um fato que um ou mais desses princípios identificam como embasamento de um juízo. A decisão moral correta é a que mais se alinha com os ditames de desse sistema de princípios, quando este é aplicado a todos os fatos que reputa pertinentes.²⁶²

Ora, a mera existência institucional não origina obrigações, por conta do que, contrariamente, Rawls sustenta que as exigências constitucionais, assim como aquelas que se originam das práticas sociais em geral, podem ser averiguadas a partir de regras concretas e do modo como devem ser interpretadas. Para contextualizar, Rawls utiliza-se das regras jurídicas e das regras dos jogos. As obrigações e deveres jurídicos são estabelecidos pelo conteúdo da lei, na medida em que este é determinável, do mesmo modo que, as normas que se aplicam aos participantes de jogo, dependem das regras dos jogos.

As normas que se aplicam a pessoas que participam de um jogo dependem das regras do jogo. Saber se essas exigências têm ligação com deveres e obrigações morais é uma outra questão. Isso acontece, mesmo quando os padrões usados por juízes e outros para interpretar a aplicar a lei se parecem com os princípios do justo e da justiça, ou com eles se identificam. Pode acontecer, por exemplo, que numa sociedade bem ordenada os dois princípios da justiça sejam usados pelos tribunais para interpretar as partes da constituição que regulam a liberdade de pensamento e de consciência, e garantem uma igual proteção da lei.²⁶³

Rawls entende que essas exigências são determinadas institucionalmente. Assim, no caso da legislação, e supondo-se que

²⁶² Cf. RAWLS, *TJ*, § 52, 386.

²⁶³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 52, 383.

satisfaça seus próprios padrões, é evidente que os cidadãos têm dever e obrigação morais de obedecê-la. No entanto, permanece ainda a distinção entre o que a lei exige e o que a justiça requer.²⁶⁴ Do mesmo modo, embora, à primeira vista, possam parecer, a regra do prometer e o princípio da fidelidade não são a mesma coisa: enquanto este se explica pelos princípios que seriam escolhidos na posição original, aquela se define pelas convenções constitutivas concretas. Sendo assim, os mandamentos oriundos de instituições permanecem sendo regras institucionais – como no caso do aparato jurídico, as suas regras permanecem regras jurídicas e não regras morais oriundas da justiça, posto que possam se confundidas em certos casos – ao passo que as obrigações efetivamente são originadas pelo princípio da equidade, por meio do princípio da fidelidade.²⁶⁵

Assim, no tocante ao problema da obediência ao direito, pode-se concluir que, embora Rawls tenha estabelecido o princípio de equidade como origem de todas as obrigações, vínculos e compromissos, que recaem sobre pessoas singulares, o dever de obediência ao direito se sustenta fundamentalmente no dever natural de justiça. Contudo, o princípio da equidade estabelece vínculos de obediência em menor escala, pois, por meio do princípio da fidelidade, haverá a razão pela qual os indivíduos hão de cumprir os contratos que firmarem numa sociedade bem ordenada. O princípio da equidade, ainda, pode servir

²⁶⁴ Isso se explica, em parte, porque Rawls reconhece a existência de dois tipos de normas: aquelas providas das instituições, das quais o caso mais comum poderiam ser regras legais, e aquelas que são provenientes da concepção moral de justiça, portanto, regras morais, especificadas pela justiça. Os termos *dever* e *obrigação* são usados no contexto dessas duas modalidades de normas, e Rawls acredita que as ambiguidades provenientes de seu uso deveriam ser bastante fáceis de resolver à luz das exigências morais nos termos do dever natural de justiça e do princípio da equidade. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 52, 387.

²⁶⁵ Rawls sustenta, finalmente, que o princípio da fidelidade responde a uma questão levantada por Prichard, a saber, como é possível, sem apelar a uma promessa genérica anterior, ou para um acordo de cumprir acordos, explicar o fato de que pronunciando certas palavras (valendo-se de uma convenção) alguém se obriga a fazer algo, particularmente quando a ação por meio da qual alguém assume a obrigação é realizada em público exatamente com a intenção, que se quer que outros reconheçam, de se estabelecer essa obrigação? Rawls defende que a existência de uma prática justa do prometer como um sistema de regras públicas constitutivas, e do princípio da equidade, são suficientes para a explicação de uma teoria das obrigações fiduciárias. “*A adoção do princípio da equidade é puramente hipotética; precisamos unicamente supor que esse princípio seria reconhecido. Quanto ao resto, uma vez que presumimos a existência de uma prática justa do prometer, independentemente de como possa ter-se estabelecido, o princípio da equidade é suficiente para vincular aqueles que dela se beneficiam, nas condições apropriadas já descritas. Assim, o que corresponde ao algo, que para Prichard se parecia com um acordo anterior sem o ser, é a prática justa de empenhar a própria palavra em conjunção com um acordo hipotético em relação com o princípio da equidade.*” Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 52, 388.

como justificação moral para a obediência ao direito, desde que esta seja recaída sobre um reduzido número de pessoas – aquelas que assumem um posto político ou aquelas que desfrutam de maiores benefícios para posição que socialmente ocupam dentro do sistema de cooperação social – com compromissos e obrigações assumidas numa sociedade bem ordenada. Nesses casos, sem que existam problemas, pesarão sobre essas pessoas o dever natural de justiça e a obrigação oriunda do princípio da equidade. Esse reforço no compromisso à obediência ao direito coloca-se no sentido de não permitir problemas de superposição e, assim, declara que uma pessoa pode ter um dever e uma obrigação de cumprir com uma instituição e fazer a sua parte.²⁶⁶ O problema da obrigação política será discutido implicitamente mais adiante, nos próximos tópicos.²⁶⁷ Permanece válida a perspectiva segunda a qual Rawls entende que, para o cidadão em geral, não existe, decorrente do princípio da equidade, *obrigação política* em sentido estrito. Esta exista para quem ocupa cargos políticos e desfruta de maiores benefícios da cooperação social por conta da posição que ocupa.²⁶⁸

Deve-se fazer, ainda, no que respeita a caracterização dos princípios para os indivíduos, na justiça como equidade, e seguindo o diagrama elaborado por Rawls, uma breve caracterização das *permissões*, indicadas anteriormente. Rawls as define no § 19, de *Uma Teoria da Justiça*. Segundo sustenta, as *permissões*, cuja definição dá-se a partir dos princípios que determinam exigências, são atos que não violam nenhuma *obrigação* ou *dever natural*, e que, de um ponto de vista moral, são muitas vezes, sem importância ou indiferentes.²⁶⁹ Como indicado, entre as *permissões*, Rawls divisa uma classe de atos supererrogatórios, como as ações de benevolência e misericórdia, de heroísmo e auto sacrifício. É verdade que, na vida em sociedade, praticá-los inegavelmente, é um bem, mas naturalmente, não constituem

²⁶⁶ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 238-9.

²⁶⁷ Será discutido, de modo implícito, ao longo dos próximos tópicos, a saber: o Dever de Obediência a uma Lei Injusta; a Importância da Regra da Maioria e a Justiça Procedimental Pura; e a Desobediência Civil.

²⁶⁸ Rawls afirma o seguinte: “*Há, porém, dois casos importantes, que são de certa forma problemáticos, a saber, a obrigação política que se aplica ao cidadão médio e não, por exemplo, àqueles que ocupam cargos públicos, e a obrigação de cumprir promessas. No primeiro caso, não está claro qual é a ação vinculatória exigida e nem quem a desempenhou. Julgo que não existe, falando estritamente, obrigação política para os cidadãos em geral. No segundo caso, é necessária uma explicação de como surgem as obrigações baseadas na confiança, nascidas para tirar vantagens em uma prática justa.*” Cf. RAWLS, *TJ*, § 18, 121-2.

²⁶⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 19, 125.

obrigação ou *dever* para quem quer que seja, fazendo, pois, jus a nomenclatura que a caracteriza: *permissões*, pois não são exigidos de absolutamente ninguém. Nesse sentido, sobre a classe de atos supererrogatórios, dentro das *permissões*, Rawls aduz que tais atos não são exigidos, embora normalmente o seriam, se não fosse pela perda ou risco que envolvem o próprio agente. Sendo assim,

[...] uma pessoa que pratica um ato supererrogatório não invoca a isenção permitida pelos deveres naturais. Pois, embora tenhamos um dever natural de promover um grande bem, caso tenhamos condições de fazê-lo facilmente, estamos dispensados desse dever quando o custo para nós mesmos é considerável.²⁷⁰

Assim, à presença de grande risco para os indivíduos, embora esses estejam vinculados às instituições por meio de obrigações e deveres naturais, e entre elas, a ordem jurídica, não se pode deles exigir que façam ações cuja realização geraria grande prejuízo para si mesmos.²⁷¹ Essas discussões, feitas até agora, são importantes para a compreensão da abordagem que Rawls faz do dever de obedecer a uma lei injusta, tópico que será visto agora.

2.2.3. O Dever de Obediência a uma Lei Injusta

Preliminarmente, deve-se retomar uma distinção que Rawls faz em sua teoria, e que já foi apontada, para que se possa compreender mais facilmente o problema da obrigação política que se vincula ao dever natural de justiça, e portanto, da obediência ao direito. A justiça

²⁷⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 19, 125.

²⁷¹ É pertinente arguir, e Rawls diz isso, que as ações desse tipo levantam questões de suma importância para a teoria ética. Rawls afirma: “[...] parece, à primeira vista, que visão utilitarista clássica não pode explicá-los. Pareceria que somos obrigados a desempenhar atos que promovem um bem maior para os outros, independentemente do custo para nós mesmos, contanto que a soma do total de vantagens causadas por eles excedesse a soma de vantagens causadas por outros atos que nos são acessíveis. Não há nada aí que corresponda às isenções incluídas na formulação dos deveres naturais. Assim, alguns dos atos que a justiça como equidade considera supererrogatórios podem ser exigidos pelo princípio da utilidade.” Apesar disso, Rawls não desenvolve análises mais precisas e profundas do que essa, tendo em conta que, de forma geral, a classe de princípios para os indivíduos, que incluem os deveres naturais, as obrigações e as permissões, são desenvolvidas por Rawls com o intento de complementar a concepção da justiça como equidade, pois, prioritariamente, sua discussão centra-se nos princípios para as instituições. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 19, 125.

como equidade é dividida em duas partes²⁷², quais sejam: a *teoria ideal*, que conduz a observação estrita dos princípios de justiça, dado que são escolhidos sob a suposição de que serão piamente seguidos e cumpridos, portanto, à obediência estrita²⁷³, e a *teoria não ideal*, que conduz inequivocamente à obediência parcial. Dentro da *teoria não ideal*, Rawls precisa o conceito de *estado de quase justiça*²⁷⁴, com o qual o autor alude a um contexto social que se aproxima, em sua maior parte, àquele de uma sociedade bem ordenada ao qual, porém, acometem-se severas violações dos princípios de justiça. A problemática dentro da qual se situa o dever de obediência às leis injustas e da desobediência civil – que oportunamente será analisado –, a obrigação política, em resumo, é pertencente à teoria não ideal, sob a perspectiva da obediência parcial.²⁷⁵

²⁷² A distinção entre essas duas teorias serve a Rawls para apresentar em sua sociedade regida pelos dois princípios a ideia e a prática da injustiça; reconhece assim que seu desenho de sociedade não será um modelo de sociedade alheia às necessidades e realidades da justiça, mas que estará sujeita às imperfeições pela simples razão de destinar-se a seres humanos. Não por isso Rawls afirma que os princípios da justiça não precisam estar vigentes, ou que o acordo original tenha sido um mero recurso expositivo privado de toda a efetividade: todos os princípios, incluindo o dever de justiça, devem regular a interação entre os indivíduos e a articulação das instituições. Distinto é reconhecer que os princípios de justiça haverão de conviver com a injustiça, porém, a teoria não ideal se limita a confessar e reconhecer a injustiça, não a legitimá-la ou contemplá-la com resignação. Por isso, se em algum momento há de se tolerar a injustiça, não será porque o recordatório de que os indivíduos movem num plano não ideal force-os a um especial conformismo, mas por razões morais vinculadas precisamente aos princípios para os indivíduos ou para as instituições, cuja vigência nunca se discute.

²⁷³ Rawls sustenta a suposição de que uma sociedade bem ordenada não se configura necessariamente como aquela em que se tem expurgado por completo as injustiças, mas antes, aquela em que é necessário antes que seus esforços coloquem-se no sentido de que eliminar, ou ao menos, controlar as inclinações humanas para a injustiça, principalmente, por meio das instituições.

²⁷⁴ Numa sociedade quase justa, isto é, numa sociedade dotada ao menos de uma Constituição e um procedimento político que satisfaçam os princípios escolhidos na posição original, são possíveis injustiças sociais e desajustes de todo tipo que as normas e as instituições deverão afrontar guiando-se pelos princípios da justiça. Sem embargo, a injustiça não esta presente somente nas ações dos indivíduos, mas também nas normas, em normas que, em princípio, hão de inspirar-se diretamente nos princípios de justiça. Uma certa margem de injustiça é prevista mesmo em Estados democráticos regidos pelos princípios de justiça. Ora, se o procedimento do qual emanam os princípios de justiça certificava a consecução de um resultado justo, como é possível então, que o procedimento legislativo esteja sujeito a resultados injustos quando já dispomos de uns princípios materiais que servem para distinguir o justo do injusto? A resposta já foi parcialmente exposta ao esboçar o conceito de teoria não ideal, porém, Rawls se estende também em pormenores sobre as imperfeições que afetam o procedimento legislativo e a inevitabilidade de conseqüências normativas injustas. Tem-se que resgatar a distinção traçada entre justiça procedimental pura, perfeita e imperfeita.

²⁷⁵ O problema da desobediência e da obediência a um lei injusta é situado expressamente dentro da teoria não ideal: destina-se com isso ao estudo dos princípios que podem guiar a

Somando-se a isso, conforme sustenta Navarro, a mera formulação de algum dever natural ou de alguma forma de obrigação não serve muito nas circunstâncias concretas da vida cotidiana, em que os indivíduos se veem obrigados a interpretar os princípios e a sopesar as exigências dos distintos deveres e obrigações no contexto de múltiplas questões de fato. Qualquer problema moral leva a necessidade de contar com uma teoria moral geral como base para interpretar os princípios de justiça vistos como princípios morais no caso das circunstâncias concretas da teoria não ideal.²⁷⁶ Uma vez que seja assim, por força de questões dessa natureza, pode haver contextos marcados pelos conflitos entre princípios, isto é, situações concretas em que determinados princípios indicam a obediência, ao passo que outros a negam. É imperiosa, portanto, a necessidade de abordar questões pertinentes à obediência parcial.²⁷⁷

conduta dos indivíduos e das instituições nos casos de injustiça, o que inclui matérias como a teoria do castigo, a doutrina da guerra justa, e as diversas formas de oposição aos regimes injustos, incluindo desde a desobediência civil e a resistência militar à revolução e à rebelião. O problema da desobediência se inclui assim dentro da vertente não ideal e, ademais, constitui-se como o único tema que, de fato, Rawls discute com detalhes.

²⁷⁶ Cf. NAVARRO, *Solidaridad Liberal*, 43.

²⁷⁷ A ideia de obediência a normas injustas não é nova nos escritos rawlsianos. Ela aparece, inicialmente, no artigo *Legal Obligation*, através do argumento de que os cidadãos deveriam obedecer a uma lei injusta sob pena de, se assim não fizerem, abrirem margem para o cometimento de injustiças ainda maiores. Note-se que, desse ponto de vista, os cidadãos deveriam obedecer a ordenações injustas porque sua desobediência seria a causa de injustiças ainda maiores. Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 259. Neste mesmo sentido, o autor ainda avalisa que o tiranicídio não mereceria menor reprovação, pois a morte de um tirano estaria justificada com o fim de se evitar injustiças maiores. Ademais dessas falhas, esse argumento resultou insuficiente por conta de algumas outras, principalmente, por conta da objetividade da qual carece. A decisão de desobedecer, ou obedecer, a uma lei injusta, é absolutamente particular. Conquanto seja assim, esse postulado é insustentável, haja vista inexistir critérios objetivos adequados para que a desobediência, ou obediência, seja justificada ante a sociedade. Não há como mensurar a injustiça objetivamente. Assim sendo, esse argumento de que se deveria obedecer a uma lei injusta conduziria a critérios subjetivos e não generalizáveis, o que compromete a garantia de imparcialidade. Uma vez que seja assim, o argumento da obediência a uma lei injusta ancorado na noção de que, com essa obediência evitar-se-ia injustiças ainda maiores parece ser mais uma solução atomizada do que objetiva e imparcial, tal como requerem os princípios de justiça. Assim, quanto à obediência calcada no argumento de se evitar injustiças maiores, conclui o autor que tal ideia: “[...] impone que un grupo de víctimas se sacrifique por otro grupo más numeroso, impone la nada estimulante perspectiva de aceptar un mal bajo el inseguro consuelo de evitar otro mayor, impone una aleatoria selección de víctimas e impone, por último, una calificación y una puntuación de diferentes injusticias, así como la selección objetiva de la mejor clasificada, que difícilmente podrá ser acometida por el afectado con garantías de objetividad.” Cf. PÉRES BERMEJO, *op. cit.*, 261. Apesar dessa argumentação de Péres Bermejo, essa crítica é inconsistente e ilegítima. É à luz dessas considerações que Rawls

Contudo, Rawls esclarece que a concepção da justiça como equidade não se aplica, diretamente, a algumas questões centrais da vida política, muitas das quais relativas à obediência parcial, como a teoria da punição e da justiça compensatória, da guerra justa, da objeção de consciência, da desobediência e da resistência armada. Dentre essas questões da obediência parcial, a justiça como equidade discute com detalhes, embora indiretamente Rawls, em parcas e breves indicações, chegue a discutir sobre outras questões, como é o caso da teoria da punição e guerra justa, a objeção de consciência e a desobediência civil.

O modelo teórico rawlsiano admite que uma lei possa ser injusta, concebendo-a como aquela lei que não está de acordo com as enunciações e implicações provenientes dos princípios da justiça, que, tendo em vista uma formulação completa do justo, estão na base do estabelecimento de todos os deveres e obrigações. Rawls justifica que as leis, assim como os procedimentos político e legislativo, encarregados da promulgação de leis e da elaboração de um Constituição, são exemplos do que chama *justiça procedimental imperfeita*, isto é, mesmo que se observe o procedimento correto, como condição necessária, não há certezas e tampouco garantias quanto ao resultado justo.²⁷⁸ Mesmo que o critério para produzir leis seja justo, não existe meios factíveis que assegurem que as leis efetivamente venham a ser justas.

Mas, para o filósofo, o fato de uma lei ser injusta não é razão suficiente e justa para deixar de obedecê-lhe. A justiça não supõe uma *conditio sine qua non* para a validade de leis de tal forma que não se pode negar a condição de lei e de direito a toda proposição normativa que despreza as condições de justiça estabelecidas pelas partes na posição original. Ao proceder desse modo, Rawls afasta-se da clássica tradição – de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino – especialmente, daquela que preceituava que uma lei injusta não se constituía em lei,

reformula a argumentação em prol do dever de obediência a uma lei injusta em *Uma Teoria da Justiça*.

²⁷⁸ Cf. RAWLS, *TJ*, § 14, 91-5. O exemplo característico usado por Rawls para ilustrar a justiça procedimental imperfeita é o processo criminal, para cujo resultado justo, inevitavelmente, é impossível estabelecer garantia e precisão, pois não há como determinar as regras legais de modo que elas conduzam a um resultado justo, apesar de o procedimento ser. Assim, pode haver casos em que um réu que não tenha cometido crime algum seja condenado, casos em que o réu, que cometeu algum crime, seja absolvido, pois mesmo que a lei seja cuidadosamente obedecida e os processos conduzidos de forma justa e adequada, pode-se chegar a um resultado errado.

dada a sua injustiça.²⁷⁹ Rawls, como visto, assume uma concepção formal de lei: independentemente da consideração acerca do mérito e do cumprimento dos requisitos de uma suposta obediência, para Rawls, uma lei injusta segue sendo uma lei, pois cumpre os requisitos formais para que possa ser assumida como tal.²⁸⁰ No entanto esses requisitos formais são complementos dos padrões estabelecidos pelos princípios de justiça, segundo o estágio legislativo, na sequência de quatro estágios, conforme visto. Se a lei se definisse apenas em função dos requisitos formais, no contexto das ideias de Rawls, não caberia a questão da obediência ou desobediência ao direito.

Em função disso, talvez seja necessária uma lacônica digressão sobre o conceito de leis. Consoante o percebido, para Rawls, uma lei é uma diretriz endereçada a pessoas morais e racionais, para sua orientação. Ela é, basicamente, resultado da justiça procedimental imperfeita e constitui-se como convenção normativa, isto é, como uma regra legal, originada a partir de processos convencionais. Evidentemente, existe sanção, em caso de desrespeito, a qual, tendo em conta as obrigações e os deveres naturais, tem em vista não a punição em si mesma, mas a proteção da liberdade igual. Note-se que Rawls não priva uma lei injusta de seu caráter de lei meramente por ser injusta, pois, uma vez que se observe rigorosamente o procedimento devido para sua elaboração, ela conserva a característica de lei. Portanto, Rawls reduz o conceito de lei ao cumprimento de certas condições formais, independentemente de seu conteúdo normativo material, desde que inspirado nos princípios de justiça. Sendo assim, o ponto crucial não está na caracterização da lei, mesmo porque, em geral, muitos teóricos do direito contemporâneo reduzem, assim como Rawls, o conceito de lei ao cumprimento de certos requisitos formais. Nesse caso, como atenta Rawls,

É evidente que não há nenhuma dificuldade de explicar por que devemos obedecer as leis justas estabelecidas na vigência de uma constituição justa. Nesse caso, os princípios do direito natural e o princípio da equidade estabelecem os deveres e obrigações necessários. Os cidadãos em geral têm um compromisso com o dever de justiça, e

²⁷⁹ Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino sustentavam que uma lei que fosse injusta não obrigava porquanto não ser moralmente justa. A razão para tanto se deve, primariamente, ao fato delas estarem assentadas em pressupostos morais.

²⁸⁰ Vale lembrar que, para Rawls, o que importa é que o processo legislativo seja orientado e inspirado nos princípios de justiça, conforme o esquema da sequência de quatro estágios.

aqueles que assumiram cargos e cargos e postos destacados, ou que se beneficiaram com certas oportunidades para promover o seus interesses, têm, em consequência, a obrigação de prestar a contribuição determinada pelo princípio da equidade.²⁸¹

O ponto crucial, inversamente, é situado no fato de que Rawls, ademais de as leis injustas serem assumidas como leis e, assim, cumprindo os requisitos formais e com validade jurídica, considera-as como exigíveis e merecedoras de obediência por razões morais.²⁸² Segundo afirma, “*a verdadeira questão está em saber em que circunstâncias e em que medida somos obrigados a obedecer a ordenações injustas.*”²⁸³ Posto desse modo, é certo que a razão pela qual um indivíduo vem a ter o dever de obedecer a uma lei injusta é fundamentalmente moral.²⁸⁴

Rawls discute e situa essa questão da obediência, ou não, a uma lei injusta – da obrigação política, em resumo –, principalmente, no § 53, de *Uma Teoria da Justiça*. Nessa seção, Rawls afirma que a questão relevante consiste em saber em quais circunstâncias e em que medida os indivíduos são obrigados a obedecer a ordenações injustas. A elaboração

²⁸¹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 53, 388-9.

²⁸² No contexto da questão da obediência, Weber afirma o seguinte: “*A partir da discussão em torno da necessidade da existência de princípios ético-políticos e de sua especificação na forma de liberdades básicas e de sua aplicação à Constituição de um Estado democrático, abre-se um outro debate em torno da sua aplicação no “estágio legislativo”, que se segue ao “estágio constitucional”, isto é, coloca-se o problema da injustiça das leis e da sua obediência. Se os direitos e liberdades fundamentais devem ser garantidos pela Constituição, através da legislação pertinente, o que deve ou pode o cidadão fazer diante da edição de leis injustas? Em outras palavras: o resultado do processo político constitucional é a legislação elaborada. O critério da maioria é o recurso procedimental adotado. Levando em conta que maiorias podem errar, como proceder diante de leis injustas? Não há dificuldades em admitir que devemos obedecer a leis justas. A convivência harmônica e os pactos sociais requerem isso de cada cidadão. Este tem consciência de que os benefícios dessa obediência lhe asseguram a realização dos direitos fundamentais e das liberdades básicas. Foi para isso que foi criado o Estado e toda a organização social. O problema está em saber em que medida temos o dever de obedecer a leis injustas. J. Rawls, em seu livro Uma Teoria da Justiça, coloca bem o problema: “A verdadeira questão está em saber em que circunstâncias e em que medida somos obrigados a obedecer a ordenações injustas” [...]. Percebe-se claramente a necessidade do estabelecimento de um critério para a qualificação da justiça das leis. No que se refere à obediência à Constituição, o autor americano parte de um pressuposto básico: temos um dever natural de obedecer a uma Constituição justa e de apoiar instituições justas [...]. Esse é um pressuposto básico de toda a sua teoria da justiça.” Cf. WEBER, *Ética, Direitos Fundamentais e Obediência à Constituição*, 99.*

²⁸³ Cf. RAWLS, *TJ*, § 53, 389.

²⁸⁴ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 256.

teórica de tal indagação parte da pressuposição de que é claro que o dever e obrigação de aceitar ordenações concretas dos indivíduos podem ser sobrepujados, em certas ocasiões, por exigências que dependem do conceito de justo e que, consideradas todas as circunstâncias, podem justificar a não obediência a uma lei injusta, em certos momentos.²⁸⁵

Essa suposição de que os indivíduos tenham um dever de obediência a uma lei injusta, desde o ponto de vista contratualista parece problemática, pois defender a obrigatoriedade de leis injustas, isto é, de leis que violam o princípio da legitimidade contratualista, parece lesar a ideia de que as partes, ao escolherem os princípios de justiça, comprometer-se-iam apenas com ordenações justas. De fato, seguindo essa linha, versões do contrato social, como aquela encontrada em Locke e Rousseau, consideram intolerável a submissão a uma lei injusta e consideram rechaçável toda a justificação moral da obediência aos atos de força mascarados sob formas jurídicas.²⁸⁶

Ao que se percebe, inversamente, Rawls estatui que, em determinadas circunstâncias, leis e políticas devem ser obedecidas, mesmo que injustas. Ordenações injustas não perdem seu caráter obrigatório por serem injustas, o que, contudo ocorre quando os limites do tolerável são excedidos, dentro da estrutura básica da sociedade razoavelmente justa. Sem embargo,

a injustiça de uma lei não é, em geral, razão suficiente para não obedecer-lhe assim como a validade jurídica da legislação (conforme a define a constituição em vigor) não é razão suficiente para concordarmos com sua manutenção. Quando a estrutura básica de uma sociedade é razoavelmente justa, conforme a avaliação permitida pelas circunstâncias concretas, devemos reconhecer as leis injustas como obrigatórias,

²⁸⁵ É pertinente lembrar a distinção entre dois tipos de normas ou regras: as normas que procedem das instituições – e o ordenamento jurídico é uma instituição elementar – e as normas morais que derivam do que requer a justiça. Assim, por causa das exigências da justiça, em certas ocasiões a necessidade se acatar e obedecer normas injustas se apresenta como necessário.

²⁸⁶ Cf. ROUSSEAU, *Do Contrato Social*. Livro IV. Parece adequado fazer uma seguinte distinção. O contratualismo presente em *TJ* é profundamente diferente do contratualismo clássico, principalmente, aqueles encontrados em Hobbes, Locke e Rousseau, pois não tem a pretensão de oferecer um critério de legitimação do poder político. Por seu turno, Rawls recorre ao modelo oferecido pelo contratualismo como um experimento mental, requintado com os artifícios da posição original, véu de ignorância, entre outros, com o objetivo de lograr o consenso acerca de princípios de justiça. Sendo assim, o intento rawlsiano é profundamente diverso.

desde que não excedam certos limites de injustiça.²⁸⁷

Partindo-se das implicações do dever natural de justiça, os indivíduos estariam comprometidos especificamente com instituições justas, de modo que a promulgação de uma lei injusta careceria de respaldo moral, ao qual estaria vinculada uma obrigação e um dever moral de obediência. Embora o dever de justiça e o princípio da equidade pressupunham que as instituições sejam justas, elas podem nem sempre o serem. Por conseguinte, para a elaboração de uma teoria da justiça, é preciso que se esclareça o porquê de se obedecer a uma lei que seja injusta. Assim, Rawls postula que possa existir uma sociedade na qual o sistema social seja bem ordenado, sem apresentar uma ordenação perfeita, isto é, uma sociedade quase justa, na qual exista um regime constitucional viável que satisfaça os princípios da justiça.

Pode-se, assim, estabelecer, no marco do dever natural de justiça, o problema da obrigação política traduzido nos seguintes termos: por um lado, o dever natural de justiça conduz os indivíduos à obediência das leis e de ordenações justas, mas em que sentido é plausível que acatem normas injustas? Por outro lado, se existe razão para obedecer a uma lei injusta, como é possível o caso da desobediência civil, tendo em vista que o dever natural conduz os indivíduos a trabalhar para instituições justas? Para que a resposta a essa questão formulada fique clara, é primordial evocar o modo pelo qual Rawls percebe a constituição. Rawls entende, deveras, que a constituição, assim como ocorre com a legislação e, conforme já apreciado, é vista como um procedimento justo, porém imperfeito posto que não há como garantir, mediante procedimentos políticos factíveis, que as leis não de devam ser justas. Nas atividades políticas, prossegue o filósofo, é impossível atingir uma justiça procedimental perfeita. No pensamento de Rawls, numa sociedade cujo regime político interno seja de quase justiça, os cidadãos têm o dever de acatar ordenações e políticas injustas em virtude do dever natural de apoiar instituições justas. A aceitação da obediência a uma lei injusta é uma exigência procedente e que depende do conceito do justo.

Assim sendo, Rawls organiza dois argumentos através dos quais deve-se obedecer a uma lei, e também uma instituição, que seja injusta. Num primeiro sentido, uma razão e condição para a obediência a uma lei injusta está no grau de injustiça das leis e das instituições. Isso quer

²⁸⁷ Cf. RAWLS, *TJ*, § 53, 389.

dizer que as leis injustas não devem ser obedecidas sempre, mas em determinadas ocasiões e sob certas circunstâncias, que dependem do grau de injustiça passível de tolerância. Por sua vez, a injustiça de uma lei e, igualmente, de uma política pode surgir de dois modos: i) as leis, em grau diverso, podem afastar-se dos padrões de justiça publicamente aceitos; e ii) essas leis podem conformar-se ou com a concepção de justiça de uma sociedade, ou de uma classe dominante, que pode não ser razoável em si mesma, em virtude de algumas concepções serem mais ou menos razoáveis que outras.²⁸⁸

Ao que parece, a construção rawlsiana dessa teoria funcional baseada nesses dois modos pelos quais uma lei torna-se injusta é complexa, no sentido de que, inicialmente, quando as leis afastam-se dos padrões publicamente reconhecidos é pensável que se recorra ao *senso de justiça da sociedade* – para o caso da desobediência – e, num outro caso, deva-se discutir por que temos o dever de obedecer a leis injustas. Através desses dois modos Rawls explica como as leis podem afastar-se dos padrões decorrentes dos princípios de justiça, os quais dariam justiça às leis e instituições, em geral.

Obviamente, esses modos de injustiça seriam razões através das quais seria possível arguir em favor da desobediência civil, pois que as leis e políticas, concretamente, afastam-se dos padrões publicamente reconhecidos afetando e violando, por conseguinte, consideravelmente a concepção predominante de justiça. É pertinente lembrar que toda a análise desenvolvida por Rawls em prol do dever de obediência a uma lei injusta é válida apenas para o caso de uma sociedade quase justa. Assim, uma vez que Rawls não consegue deixar como construir uma teoria funcional, em que as obrigações e os deveres políticos não sejam afetados por instituições justas, a solução encontrada por Rawls, quando as leis e políticas se afastam dos padrões publicamente reconhecidos, a possibilidade que se impõe é recorrer ao *senso de justiça da sociedade*, o qual se encontra institucionalizado na constituição justa.

O segundo argumento que Rawls usa é relacionado com o conceito de estado de quase justiça, e explica enfaticamente o fato de que, mesmo, nesse estado, os indivíduos permanecem com o dever de

²⁸⁸ Segundo Rawls, como regra geral, uma concepção de justiça é razoável na proporção da força dos argumentos que se podem apresentar a favor de sua adoção na posição original. Conforme visto, Rawls sustenta que a concepção de justiça, derivada dos princípios de justiça, é mais razoável que outras concepções de justiça, mormente, o utilitarismo. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 53, 390-1.

obedecer a leis injustas.²⁸⁹ Rawls sustenta que, à luz da teoria ideal, o dever natural de justiça e o princípio da equidade pressupõem que as instituições sejam justas. Esse quadro nem sempre ocorre quando se pensa numa sociedade quase justa, que, no entanto observa um regime constitucional viável, satisfazendo os princípios de justiça. Apesar de suas ordenações nem sempre serem perfeitas e justas em todos os casos, ela pode ser considerada uma sociedade bem ordenada, uma vez que em seu seio é vigente uma constituição justa. Rawls afirma, *in verbis*,

Assim, suponho que, na essência, o sistema social é bem-ordenado, embora sem obviamente apresentar uma ordenação perfeita, pois nessa eventualidade não surgiria a questão de saber se devemos ou não obedecer a leis e políticas injustas. Partindo desses pressupostos, a explicação anterior de uma constituição justa, entendida como uma instância da justiça procedimental imperfeita [...], nos oferece uma resposta.²⁹⁰

Esse aspecto, tal como ocorre com as leis, é descrito a partir da perspectiva da convenção constituinte, em que as partes têm como objetivo encontrar aquela constituição que tem maior probabilidade de conduzir a uma legislação que seja ao mesmo tempo justa e eficaz. Trata-se do caso, uma vez mais, da *justiça procedimental imperfeita*, isto é, o critério é justo, embora disso não se segue que o resultado também o seja. Nesses casos, os indivíduos encontrar-se-iam obrigados em virtude do dever natural de justiça, em cujas cláusulas, determina que esses apoiem instituições justas, mas também acatem leis e políticas injustas, uma vez que – e este é um condicional – estas respeitem os princípios de justiça. Procedendo assim, os limites da injustiça não transporiam os limites do tolerável e, portanto, os limites em que os indivíduos têm mais ganhos respeitando uma lei injusta do que se a desobedecendo e, por meio dessa, comprometer o sistema de cooperação social, mutuamente vantajoso e do qual todos se beneficiam.

²⁸⁹ A questão aqui poderia ser formulada do seguinte modo, conforme Rawls mesmo aduz: “A doutrina contratualista naturalmente nos leva a perguntar como foi que demos o nosso consentimento a uma constituição que depois nos obrigaria a observar leis que consideramos injustas. alguém pode nos perguntar: como é possível que, estando em liberdade e ainda sem vínculos, possamos racionalmente aceitar um procedimento capaz de decidir contra nossa opinião e de fazer valer a dos outros?” A resposta a essa questão é a resposta à razão pela qual um indivíduo tem o dever de acatar leis injustas. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 53, 394.

²⁹⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 53, 392.

Para Rawls, o processo constitucional deve ser tal que possa depender de alguma forma de votação, a qual, na tradição constitucional democrática, corresponde a alguma forma da regra da maioria – nesse contexto, uma necessidade prática. Todavia,

[...] as maiorias (ou coalizões de minorias) estão fadadas a cometer erros, se não por falta de conhecimento e discernimento, pelo menos como resultado de posições parciais e interesseiras. Contudo, nosso dever natural de apoiar instituições justas nos obriga a acatar leis e políticas injustas, ou pelo menos a não lhes fazer oposição usando meios ilegais, desde que elas não ultrapassem certos limites de injustiça. Tendo de apoiar uma constituição justa, devemos respeitar um de seus princípios essenciais, o da regra da maioria. Num estado de quase justiça, portanto, termos normalmente o dever de obedecer a leis injustas em virtude de nosso dever de apoiar uma constituição justa.²⁹¹

A conclusão de Rawls é, pois, enfática: os indivíduos têm, portanto, o dever de obedecer a leis injustas em virtude do dever natural de justiça, que os obriga a apoiar e a promover o estabelecimento de instituições justas quando inexistem. Nesse caso, têm o dever de obedecer à regra legal injusta, porquanto ser ela derivada de uma constituição justa, conforme a descrição da convenção constituinte. Péres Bermejo, quanto a essa descrição da estrutura que requer obediência, mesmo se dela derivar leis injustas, posiciona-se do seguinte modo. Para ele,

El modelo contratualista de Rawls dispone la exigencia de que se promulgue una Constitución y se establezca un procedimiento político inspirados por los dos principios de justicia elegidos desde la posición original. Una vez cumplida esta premisa, Rawls nos hace conscientes de la necesidad de que dicho procedimiento político incluya una regla de mayoría: la única forma de prolongar la vida del sistema es el sometimiento a un principio de mayoría que, pese a ser falible, es el único recurso disponible para el aseguramiento del régimen democrático. Se asumimos el rango insustituible de la regla de la mayoría dentro del

²⁹¹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 53, 392-3.

procedimiento político democrático, habremos también de asumir sus errores y sus debilidades: la posibilidad de que se promulguen leyes injustas, cuya obediencia es exigible porque de dicha exigencia depende la conservación de ese procedimiento político justo y, en suma, de todo el modelo político inspirado en los principios de la posición original.²⁹²

É notório que, do exposto, as leis injustas devam, então, ser obedecidas pela razão de que são provenientes dos mecanismos que asseguram, dados os princípios de justiça, a liberdade igual, qual seja, a constituição justa e o processo político, cujo mecanismo deve-se pautar nos termos da regra da maioria. Assim sendo, no contexto de *Uma Teoria da Justiça*, a condição necessária de obediência à lei injusta é a vigência de uma constituição justa, a qual, mediante o processo político, tem por objetivo lograr uma legislação justa, o que se dá através do princípio da regra da maioria, convertido, portanto, num dos requisitos formais imprescindíveis para se falar de uma lei válida.

Uma importante crítica é, assim, dissolvida por Rawls, mediante a referência à constituição justa, qual seja, a de que o dever natural de justiça traria implicitamente uma incoerência, nos termos de uma antinomia. A antinomia tomaria como base a necessidade de obedecer a leis injustas; nesse caso, o dever de justiça predicaria enunciados contraditórios, pois, i) os indivíduos teriam de obedecer as leis injustas em virtude da primeira cláusula do dever natural de justiça; e ii) os indivíduos teriam de desobedecer as leis injustas por meio da segunda cláusula do mesmo dever natural de justiça. A referência à constituição justa, em tal caso, é capaz de resolver o problema, nos seguintes termos: os indivíduos têm sempre o dever natural de preservar a constituição justa e a estrutura básica da sociedade. Sendo assim, esse dever se traduz em duas condutas, prescritas para duas situações diversas, a saber: i) os indivíduos devem obedecer às leis injustas quando a desobediência atente contra a constituição justa; por outro lado, ii) os indivíduos devem desobedecer às leis injustas quando a obediência atente contra a referida constituição justa.²⁹³

Não obstante, a partir da perspectiva da convenção constituinte, fica claro por que a doutrina contratualista admite que os indivíduos

²⁹² Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 264.

²⁹³ Cf. PÉRES BERMEJO, *op. cit.*, 268.

possam dar seu consentimento a uma constituição que, posteriormente, obriga-os à observância de leis injustas. Rawls sustenta, em primeiro lugar, que se chega a constatação de que, entre os poucos procedimentos que possuem viabilidade e possibilidade de serem aceitos, não existe algum que sempre decida em favor da causa de um indivíduo em questão. Em segundo lugar, põe-se claro que, ao aceitar um desses procedimentos, elimina-se a possibilidade da ausência total de acordos, o que resultaria em problemas maiores. Conforme Rawls aduz, essa situação é análoga a da posição original, na qual os indivíduos renunciam a toda forma de egoísmo, o que constitui, para eles, a melhor escolha, com a ressalva de que não é aceitável para ninguém mais.²⁹⁴

Evidentemente, de modo similar ao que fora descrito, estão as partes na convenção constituinte, posto que, mesmo que as partes estejam comprometidas com os princípios da justiça, elas precisam fazer algumas concessões mútuas para fazer funcionar um regime constitucional. Nesse estender,

Mesmo com as melhores intenções, suas opiniões estão fadas a colidir. Portanto, na escolha da constituição e na adoção de alguma forma de regra da maioria, cada parte assume os riscos de sofrer as consequências dos defeitos do conhecimento e do senso de justiça dos outros, no intuito de ganhar as vantagens de um procedimento legislativo eficaz. Não há outra maneira de gerenciar um regime democrático.²⁹⁵

Com a adoção do princípio da regra da maioria, por certo, as partes não aceitam tolerar quaisquer leis injustas, ou, se as aceitam, aceitam sob certas condições. Em longo prazo, como sustenta Rawls, o ônus da injustiça deveria ser distribuído de modo mais ou menos uniforme entre os vários grupos da sociedade de tal forma que as duras consequências de políticas injustas não deveriam pesar demais em nenhum caso específico, mas ser equitativamente distribuídas entre os grupos da sociedade. Nesse contexto, é evidenciado o caráter problemático do dever de obediência a uma lei injusta para com os grupos minoritários que sofreram injustiças por um longo período de tempo.

E certamente não temos de aceitar a negação das liberdades básicas, nossas ou de outros, uma vez

²⁹⁴ Cf. RAWLS, *TJ*, § 53, 393.

²⁹⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 53, 393.

que essa exigência não poderia estar implícita no significado do dever de justiça na posição original, nem é consistente com o entendimento dos direitos da maioria na convenção constituinte.²⁹⁶

Isso leva à observação de que os indivíduos submetem sua conduta à autoridade democrática apenas na medida necessária para partilhar equitativamente as inevitáveis imperfeições de um sistema constitucional que atinjam diretamente os princípios de justiça da liberdade igual. Precisamente, neste ponto, Rawls faz uso do dever natural de civilidade, pelo qual os indivíduos não podem invocar as falhas das ordenações sociais como pretexto para não obedecer às leis, o direito, ou às demais ordenações assim como explorar as inevitáveis lacunas das regras tendo em vista a promoção dos interesses particulares individuais. Assim,

O dever de civilidade impõe a devida aceitação dos defeitos de instituições e uma certa moderação em beneficiar-se delas. Sem algum tipo de reconhecimento desse dever natural, a crenças e a confiança mútuas tendem a fracassar.²⁹⁷

Posto em tais termos, Rawls entende certamente que, num contexto de quase justiça, existe normalmente um dever – e para alguns também a obrigação – de obedecer as leis injustas, tal qual validadas e reconhecidas pelo direito vigente, desde que o grau de injustiça seja tolerável. Desse modo, tendo em vista que o objetivo dos indivíduos é barganhar benefícios para si mesmos – isto é, cada qual vivendo em sociedade, compreendendo-a como um sistema de cooperação social, procura por meio desta, através da cooperação social entre pessoas livres e iguais haurir benefícios para si – cada indivíduo tem o dever de acatar e obedecer a instituições, políticas e leis injustas em vista da manutenção dessa sociedade.

2.2.4. A Regra da Maioria e a Justiça Procedimental Imperfeita

Seguindo o percurso traçado por Rawls e, dada a importância que tem no âmbito da discussão em torno das poucas páginas dedicadas ao Direito, por ser um procedimento legal constitutivo da teoria da

²⁹⁶ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 53, 394.

²⁹⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 53, 394.

justiça²⁹⁸ – haja vista ser o critério considerado por Rawls para a elaboração de leis, as quais são componentes do ordenamento jurídico –, é pertinente discorrer sobre o princípio da regra da maioria, o qual anteriormente já aparecera conectado a outros conceitos relevantes.

Para Rawls, o procedimento da regra da maioria ocupa um lugar subordinado como recurso procedimental.²⁹⁹ Isso se justifica baseando-se nos objetivos políticos, os quais a constituição deseja atingir, isto é, os dois princípios de justiça. Nesse ínterim, a regra da maioria revela-se como “[...] *a melhor maneira disponível de garantir uma legislação justa e eficaz*”³⁰⁰, embora, ocasionalmente, deva-se ter presente que possui falhas e vicissitudes. Ademais de tais contingências, para Rawls ela é compatível com a liberdade igual e possui certa naturalidade no sentido de que, em caso de adoção de uma regra da minoria, não ficaria evidente, por critério nenhum, qual minoria deveria escolher. A igualdade seria, portanto, violada. Sendo assim, a regra da maioria naturalmente emerge como o critério adequado, de tal sorte que leva Rawls a afirmar:

Um aspecto fundamental do princípio da maioria é que o procedimento deve satisfazer as condições de justiça básica. Nesse caso, essas condições são as da liberdade política – liberdade de expressão e de reunião; liberdade de participar das atividades públicas e influenciar, por meios constitucionais, o curso da legislação – e a garantia do valor equitativo dessas liberdades. Quando essa base não existe, não se satisfaz o princípio da justiça; todavia, quando ela está presente, não há nenhuma garantia de que será elaborada uma legislação justa.³⁰¹

Disso, nada existe que justifique a posição de acordo com a qual o que a maioria deseja está correto.³⁰² De fato, Rawls está ciente desse aspecto e sustenta que nenhuma das concepções tradicionais da justiça

²⁹⁸ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 396

²⁹⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 395.

³⁰⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 395.

³⁰¹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 395.

³⁰² Há uma clara diferença entre a *regra da maioria* de Rawls e a *vontade geral*, tal qual formulada por Rousseau, dentro da tradição democrática. Segundo Rousseau, a vontade geral nunca falha, nunca erra, embora possa ser equivocadamente influenciada. Já a regra da maioria é falha, não conduz necessariamente aos resultados desejados. Por isso, embora a constituição seja justa, não há como garantir que as leis e outras normas que estabelece sejam também justas de tal modo que se deve acatar uma injunção toleravelmente injusta. Cf. ROUSSEAU, *Do Contrato Social*, Livro II, 46-8.

defende essa doutrina. Ao contrário, afirma que o resultado de uma votação deve estar sempre sujeito a princípios políticos.

Conquanto se afirme que a maioria tenha reconhecidamente o direito de legislar, em dadas circunstâncias, isso não significa aduzir, como visto, que as leis elaboradas serão justas, em todo caso. Isso ocorre tendo em vista a possível persuasão, a qual a maioria é passível, e que permite muitas vezes que uma minoria utilize de artimanhas políticas perversas para preservar, em seu favor, certas vantagens ilícitas. Nesse contexto, portanto, a grande questão que Rawls divisa é definir a regra da maioria e saber se as restrições constitutivas são recursos razoáveis e eficazes para reforçar o equilíbrio global da justiça. Embora essa não seja propriamente uma questão da teoria da justiça, mas de juízo político, é possível dizer que, ao se observar que os indivíduos se submetem a determinada regra obrigatória formada após uma votação, a qual, em determinadas circunstâncias, tais indivíduos não submeteriam a essa regra tal juízo.

A regra da maioria, no entanto, se encaixa na doutrina de Rawls como “*um procedimento legal que constitui uma parte da teoria da justiça.*”³⁰³ Na teoria de Rawls, evocando-se a sequência de quatro estágios, já analisada anteriormente, a constituição justa é aquela que se define como sendo a que seria aceita consensualmente numa convenção constituinte pelos representantes racionais guiados pelos dois princípios de justiça, de forma que, quando uma constituição é justificada, apresentam-se considerações para mostrar que ela seria adotada nessas condições. Semelhantemente, no estágio legislativo, leis e políticas justas são aquelas que seriam estabelecidas por legisladores racionais, respeitando-se as restrições impostas por uma constituição justa e procurando-se conscientemente seguir os princípios da justiça, tomados como um padrão. Assim, quando se estabelece uma crítica a leis e políticas, tenta-se inequivocamente mostrar que elas não seriam escolhidas nesse procedimento ideal, mediado pela regra da maioria, em condições ideais, evidentemente.³⁰⁴

³⁰³ Cf. RAWLS, *TJ*, § 54, 396.

³⁰⁴ Conforme será visto, cumpre lembrar que nem sempre a votação da maioria é feita sob condições ideais. É em razão disso a taxativa de Rawls, quanto à desobediência civil: ela deve ser um ato público a fim de convencer a maioria da injustiça que determinada lei está acarretando numa determinada minoria manifestante. A ação manifestante, por óbvio, no contexto da teoria da justiça, não visa tão só um acordo político, ou algo similar, mas, antes, busca satisfazer a concepção ideal de justiça, determinada pelos princípios da justiça, adotados como padrão constitucional, assim como da legislatura como um todo.

Sem dificuldade, uma lei ou uma política, são, para Rawls, suficientemente justas, ou pelo menos, não injustas, se “*quando tentamos imaginar como funcionaria o procedimento ideal, concluímos que a maioria das pessoas que participam deste procedimento e aplicam suas regras favoreceriam essa lei ou essa política.*”³⁰⁵ Segundo Rawls, no procedimento ideal a discussão legislativa é concebida como uma tentativa de encontrar a melhor política definida pelos princípios de justiça. Sendo assim, o procedimento legal da regra da maioria, não pode ser visto meramente como um acordo, ou como uma negociação levada a efeito pelas partes, mas, antes, nos termos da concepção de justiça definida pelos princípios de justiça, como uma busca da melhor forma política que satisfaça essa concepção de justiça. Uma vez que seja assim, como parte da teoria da justiça, o único desejo de um legislador imparcial é tomar a decisão correta. Configurado nesses moldes, o seu dever constitui-se em votar unicamente de acordo com seu juízo, de tal sorte a se oferecer, mediante o resultado do voto, uma estimativa que mais se alinha com o justo, isto é, com a concepção de justiça.³⁰⁶

Rawls coloca uma questão, traduzida nos seguintes termos: qual a probabilidade de a opinião da maioria ser a correta? Essa questão põe em evidência a analogia existente entre o procedimento ideal e o problema estatístico de reunir os pontos de vistas de um grupo de peritos para chegar à melhor decisão, tal qual é formulado por autores como Arrow e Knight.³⁰⁷ Na teoria da justiça, os peritos são legisladores racionais capazes de assumir uma perspectiva objetiva, em virtude de serem imparciais, conforme condiciona o véu de ignorância. Sendo assim, admite, como o fez Condorcet, que,

se for maior a probabilidade de um legislador representativo fazer um julgamento correto do que um julgamento incorreto, a probabilidade de o voto da maioria ser correto aumenta na medida em que aumenta a probabilidade de uma decisão correta por parte do legislador representativo.³⁰⁸

Nesse sentido, o autor aduz que uma discussão conduzida idealmente entre muitas pessoas tem mais probabilidade de chegar a

³⁰⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 396.

³⁰⁶ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 396.

³⁰⁷ Nestes pontos, consoante observa na nota 16, do capítulo VI, *Dever e Obrigação*, Rawls deixa-se guiar pelas discussões de K. J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, 2nd ed. (New York, John Wiley and Sons, 1963) e pelas de F. H. Knight, *The Ethics of Competition* (New York, Harper and Brothers, 1935).

³⁰⁸ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 397.

uma conclusão correta do que têm as deliberações isoladas de cada uma dessas pessoas. Isso é assim porque, cotidianamente, a troca de opiniões com outras pessoas controla a parcialidade do indivíduo assim como amplia a sua perspectiva do mesmo modo em que os indivíduos são levados a ver o ponto de vista dos outros. É pertinente arguir que, no procedimento ideal, o véu de ignorância significa que os legisladores já são imparciais. Mesmo assim, há o benefício da discussão, a qual reside no fato de que até os legisladores representativos são limitados em seu conhecimento e capacidade de raciocínio, de modo que, assim sendo, nenhum deles sabe tudo o que os outros sabem e a discussão passa a ser “*um modo de combinar as informações e ampliar o alcance dos argumentos.*”³⁰⁹

A dicção de Rawls de que, quanto mais definida for a concepção desse procedimento, o qual é apenas caracterizado em traços gerais, tal qual poderia ser realizado em condições favoráveis, tendo em vista que dá firmeza à orientação que a sequência de quatro estágios dá às reflexões, é sustentada na precisão do modo como as leis e políticas são avaliadas à luz dos fatos genéricos da sociedade. Isso é, a clareza do procedimento, quanto à sua definição, permite que a sequência de quatro estágios oriente firmemente as reflexões individuais, pois permite avaliar as leis e políticas à luz das contingências de uma sociedade, o que se dá através de um bom entendimento intuitivo de como aconteceriam as deliberações no estágio legislativo, quando conduzidas adequadamente.³¹⁰

Rawls afirma, igualmente, que o procedimento ideal ganha maior clareza observando que ele difere do processo do mercado ideal. Dessa forma, tomando como válidos os pressupostos clássicos da concordância perfeita e que não há economias e deseconomias externas, o resultado é uma configuração econômica eficiente. O mercado ideal, no que concerne à eficiência, é um procedimento perfeito. Todavia o mercado ideal tem uma peculiaridade, que o faz diferir do processo político ideal, qual seja, ele alcança um resultado eficiente mesmo que todos busquem

³⁰⁹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 398. Rawls alerta que com essas discussões chega-se ao problema de tentar formular uma constituição ideal de deliberações públicas em questões de justiça, um conjunto de regras bem engendradas para reunir os maiores conhecimentos e capacidades de raciocínio do grupo de modo a chegar o mais perto possível do julgamento correto, ou mesmo atingi-lo. Essa querela, contudo, não desenvolvida pelo autor, embora deixe claro que o procedimento idealizado é parte da teoria da justiça, do qual foram mencionadas algumas de suas características a fim de se compreender, pelo menos minimamente, seu significado.

³¹⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 398.

seu próprio benefício – o que faz lembrar, em certo sentido, a mão invisível de Adam Smith. Apesar de certas semelhanças entre mercados e eleições, como observado, o processo de mercado ideal e o procedimento legislativo ideal são diferentes em aspectos cruciais: aquele é concebido para atingir a eficiência e idealmente perfeito, enquanto que esse, idealmente imperfeito, objetiva atingir a justiça, se possível. Assim, parece não existir nenhuma maneira de caracterizar um procedimento factível que certamente conduza a uma legislação justa. Nesse contexto, Rawls estabelece uma consequência, a saber, a de que,

[...] enquanto o cidadão, normalmente pode ser obrigado a obedecer às políticas estabelecidas, dele não se exige pensar que essas políticas são justas, e seria um erro de sua parte submeter o seu julgamento ao voto. Mas num sistema de mercado perfeito, um agente econômico, na medida em que tem alguma opinião, deve supor que o resultado final é de fato eficiente.³¹¹

Assim, embora o mercado ideal seja expressamente dotado de eficiência, e esse fato seja conhecido pelos consumidores, não se pode exigir o reconhecimento paralelo do resultado do processo legislativo referente a questões de justiça, pois mesmo que as constituições concretas devam, naturalmente, ser concebidas, na medida do possível, para estabelecer as mesmas diretrizes do procedimento legislativo ideal, elas na prática estão fadadas a focar aquém do que é justo. Além disso, soma-se a essas observações outra diferença seguinte fato: enquanto o processo ideal de mercado atribui peso à intenção relativa do desejo não há nada que corresponda a isso no procedimento legislativo ideal. Antes, ao tecer a definição do critério para uma legislação justa deve-se enfatizar o peso do juízo coletivo ponderado³¹², pois cada legislador racional deve apresentar a sua opinião indicando quais leis e políticas melhor se conformam com os princípios de justiça, sem defender um peso especial a opiniões que são defendidas com maior convicção.

O procedimento da regra da maioria é, também, defendido por Rawls como um modo de alcançar acordos políticos. O ponto de partida, como acastelado pelo autor, é que a regra da maioria é adotada como a maneira mais viável de realizar certos objetivos previamente definidos

³¹¹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 399.

³¹² O juízo ponderado coletivo, como justifica Rawls, é obtido quando cada pessoa, em condições ideais, se esforça ao máximo para aplicar os princípios corretos. Nesse sentido, a intensidade do desejo ou a força da convicção são irrelevantes quando se trata de questões de justiça. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 401.

pelos princípios de justiça. Ocorre, porém, que esses princípios não são muitas vezes claros ou definidos em relação àquilo que exigem, por conta de sua própria natureza, deixando em aberto, por conseguinte, uma variada gama de opções. Ilustrativo dessa ambiguidade é a taxa de poupança, que é especificada apenas dentro de certos limites, apesar de a ideia central do próprio princípio for a de excluir certos extremos. Segundo Rawls,

Em última análise, com a aplicação do princípio da diferença, desejamos incluir nas expectativas dos menos favorecidos o bem primário da auto-estima; e há uma variedade de maneiras de levar em conta esse valor, que são consistentes com o princípio da diferença. O peso que esse bem e outros relacionados a ele devem ter na lista de bens primários é uma questão a ser decidida em vista das características gerais da sociedade específica e pelo que é racional que seus membros menos favorecidos queiram no estágio legislativo. Em casos como esses, portanto, os princípios da justiça estabelecem certos limites em cujo âmbito devem situar-se a taxa de poupança ou a ênfase dada à auto-estima. Mas os princípios não determinam, dentro desse âmbito, o ponto preciso da escolha.³¹³

Em situação como essas, Rawls assevera que se deve aplicar o princípio do acordo político, de acordo com o qual:

[...] se a lei que está em votação, na medida do que se verificar, dentro do âmbito das leis que poderiam ser razoavelmente preferidas por legisladores que conscienciosamente procuram seguir os princípios de justiça, então a decisão da maioria é virtualmente impositiva, embora não seja definitiva.³¹⁴

Sendo assim, depreende-se dessa estrutura conceitual que, se a decisão for tomada por legisladores cuja atuação orienta-se com base no que estatuem os princípios de justiça, a decisão tem caráter impositivo. Esse mecanismo é uma situação, portanto, de justiça procedimental quase pura, que difere do conjunto de leis sustentadas por uma constituição, que se circunscrevem ao âmbito da justiça

³¹³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 401.

³¹⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 401-2.

procedimental imperfeita. Dessa maneira, embora a discussão dos partidos políticos se coloque no sentido de alcançar acordos políticos que melhor satisfaçam os princípios de justiça, em termos práticos, os partidos políticos têm posições diferentes. Uma vez que seja assim, deve resguardar o objetivo do projeto constitucional, vale dizer, o de garantir “*que os interesses específicos de classes sociais não distorçam os acordos políticos de tal forma que eles sejam feitos fora dos limites permitidos.*”³¹⁵

Em resumo, retomando o que até aqui se expôs, a regra da maioria afigura-se a Rawls compatível à igualdade de liberdade, exigindo duas condições que garantam os princípios da justiça – a liberdade política e a garantia das liberdades fundamentais. Guiando-se pelo receio da tirania da maioria, que Tocqueville temia, Rawls sustenta que a vontade da maioria deve ser sujeitada a princípios políticos, o que, contudo, não estabelece que a legislação seja, em todo caso, perfeitamente justa, abrindo margem a vantagens ilícitas de grupos de minorias. O valor do procedimento da regra da maioria, que resulta numa eleição, não é, no entanto, desprezado por Rawls que, apesar de recusar uma relação causa/efeito entre um grupo eleito por maioria e a maioria da razão, admite, tal como Condorcet, que a relação entre os elementos citados é, pelos menos, proporcional.

³¹⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 54, 402.

CAPÍTULO 3 – A JUSTIFICAÇÃO MORAL DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM ‘UMA TEORIA DA JUSTIÇA’

“O tribunal de última instância não é o Judiciário, nem o Executivo, nem o Legislativo, mas sim o eleitorado como um todo.”³¹⁶

Na teoria da justiça de Rawls, o caso da desobediência civil³¹⁷ é emblemático e, seguramente, tem sido alvo de inúmeras páginas de estudo. Certo é que Rawls debruça-se sobre a questão da desobediência civil pela primeira vez a partir de seu artigo *The Justification of Civil Disobedience*, de 1969, no lastro das discussões dos anos 60 sobre os direitos civis. Nessa ocasião, tomou partido em favor da defesa dos direitos civis, honrando piamente sua vertente liberal, o que é evidente, leva-se em consideração que trata da desobediência civil. Particularmente, ela é relevante porque permite o choque entre dois pólos teóricos cruciais no âmbito jurídico-político: o de uma norma jurídica dotada de legalidade e o dever natural de justiça, que está no pólo da obediência e da legitimidade, que, inclusive, transcende o próprio Direito. Assim, é pertinente arguir que a desobediência civil é um caso da justiça para além das fronteiras do Direito. Segundo Repolês, numa definição genérica de desobediência civil, pode-se aduzir que ela

[...] é um ato público lícito, pois, embora ilegal, não é antijurídico, ou seja, embora não preserve a legalidade do Direito, levanta uma pretensão de legitimidade do mesmo, o que o diferencia do crime. O crime pode possuir um caráter de

³¹⁶ Cf. RAWLS, *TJ*, § 59, 433

³¹⁷ O conceito de desobediência civil, coevamente, constituiu-se como um dos mais utilizados e citados, em debates e discursos, para a interpretação e justificação de uma gama de ações e posturas, no âmbito jurídico-político. Ou seja, existe uma vasta tipologia que amplia a gama de matices que se deve ter em conta para compreender este fenômeno jurídico-político. Isso ocorre, como se vê, porquanto haver a existência de uma ambiguidade quanto ao seu conceito, pois não é claro, preciso e de fácil compreensão. O termo *Desobediência Civil*, historicamente, foi usado pela primeira vez por Etienne La Boétie, na singular obra *Discours de la Servitude Voluntaire*, publicada em 1577. Reaparece séculos mais tarde, em 1849, na obra *Civil Disobedience*, de Henry Thoreau, o qual ficou conhecido pelo não pagamento de taxas públicas ao governo americano que as empregava para fazer uma guerra, em seu juízo, injusta contra o México. A partir dos anos 60, do século XX, por conta das agitações políticas e dos conflitos bélicos, a questão da desobediência civil tem ocupado lugar especial no âmbito da teoria política e jurídica, principalmente, na defesa de direitos civis frente ao totalitarismo e administração díspar dos mecanismos do Estado. Assim, além de Rawls, importantes teóricos contemporâneos posicionaram-se a esse respeito, entre os quais Norberto Bobbio, Hannah Arendt, Jorge Malem Sena, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, para citar apenas alguns.

clandestinidade e é sempre um ilícito e um ato antijurídico. Aquele que pratica uma desobediência civil quer que o máximo de pessoas o vejam transgredindo a lei injusta e que, assim, eles também sejam levados a questionar a juridicidade daquela lei.³¹⁸

Como sustenta Navarro, pelo menos na primeira parte do século passado, sobretudo em virtude da obra de Thoreau, o uso da expressão desobediência civil não se deu de modo a diferenciá-lo conceitual e claramente de outras formas de resistência, como a rebelião, a resistência armada e a objeção de consciência, que pertencem, como Rawls mesmo aponta, segundo sua terminologia e classificação, à teoria da obediência parcial.³¹⁹ O filósofo, ao contrário, precisa não apenas o conceito, mas também, diferenciando dessas outras formas de resistência³²⁰, principalmente, da objeção de consciência, no marco da teoria não ideal, estabelece o papel e a função desta numa sociedade bem ordenada, ou num regime de quase justiça.³²¹

3.1. DESOBEDIÊNCIA CIVIL E CONFLITO DE DEVERES

A desobediência civil rawlsiana é determinada a partir dos princípios do dever e da obrigação naturais, concebida apenas para o caso particular de uma sociedade democrática, bem ordenada em sua maior parte, na qual, todavia, ocorrem sérias violações à justiça. Assim posto, Rawls sustenta que a prática da desobediência circunscreve-se a uma sociedade em a autoridade democrática é legitimamente estabelecida, não sendo aplicada, pois, a outras formas de governo, exceto – como afirma – incidentalmente, a outras formas de dissensão

³¹⁸ Cf. REPOLÊS, *Habermas e a Desobediência Civil*, 19.

³¹⁹ Cf. NAVARRO, *Desobediencia Civil y Sociedad Democrática*, 79.

³²⁰ Repolês argumenta que a desobediência civil se apoia em bases constitucionais e, por isso mesmo, enquanto fenômeno específico, não se confunde com o direito de resistência, que, ao contrário, questiona a própria autoridade do governo como governo legitimamente instituído. É permissível arguir que quem exerce o direito de resistência opõe suas ações ao governo como um todo, porque não reconhece legitimidade alguma ao governo enquanto tal. Cf. REPOLÊS, *Habermas e a Desobediência Civil*, 20.

³²¹ A desobediência civil rawlsiana, segundo sua própria descrição, é concebida inexoravelmente para o caso particular de uma sociedade bem ordenada, isto é, uma sociedade democrática, quase justa, na qual acontecem, porém, violações sérias à justiça. Nesse sentido, aduz o autor, a desobediência civil apresenta-se no interior de uma sociedade democrática mais ou menos justa e configura-se como um problema de deveres conflitantes. A teoria da desobediência civil rawlsiana tem três partes, a saber: a definição, a justificação e o papel que ela desempenha na sociedade. Cf. RAWLS, *TJ*, § 54, 402-3.

ou resistência. Ademais, tal qual o filósofo a classifica, ela não se alinha à ação armada e à resistência, como uma tática para transformar ou mesmo derrubar um sistema corrupto e injusto. O problema da desobediência civil se coloca noutra sentença. Como o interpreta,

O problema da desobediência [...] se apresenta apenas no âmbito de um estado democrático mais ou menos justo, para aqueles cidadãos que reconhecem e aceitam a legitimidade da constituição. Trata-se de um problema de deveres conflitantes. Em que ponto o dever de obedecer a leis estabelecidas por uma maioria do legislativo (ou por iniciativa do executivo com o apoio dessa maioria) deixa de ser obrigatório, em vista do direito de defender as liberdades pessoais e do dever de se opor à injustiça? Essa questão envolve a natureza e os limites da regra da maioria. Por esse motivo, o problema da desobediência civil é um teste crucial para qualquer teoria da base moral da democracia.³²²

Assim posto, no âmbito da discussão da obediência ao direito, o problema da desobediência civil, como salienta Agra Romero, afeta aqueles indivíduos que reconhecem a legitimidade constitucional, encontrando-se, porém, num conflito de deveres.³²³ Além disso, a discussão em que se centra o problema da desobediência civil toma como norte o dever natural de justiça, derivado dos princípios de justiça, como princípios para os indivíduos, com o intuito de dar completude à concepção de justiça como equidade. De acordo com aquilo que se viu, o dever natural de justiça tem duas cláusulas, no contexto o qual se situa esse problema. A primeira estabelece o compromisso dos indivíduos com as instituições justas e, por conta disso, determina a salvaguardar a constituição e o procedimento político justo, do que deriva, para proteger a ordem da justiça básica, a obediência a leis injustas. A segunda cláusula desse dever, por seu turno, estabelece que os indivíduos devem cooperar e trabalhar no sentido de instituições justas, mesmo que através da desobediência a leis injustas.³²⁴ Portanto o dever de justiça sustenta duas posturas contrárias, moralmente justificadas: de um lado, a obediência fundada na primeira cláusula do dever de justiça

³²² Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 55, 403.

³²³ Cf. AGRA ROMERO, *J. Rawls: el Sentido de Justicia em una Sociedad Democrática.*, 153.

³²⁴ Cf. RAWLS, *TJ*, § 51, 370.

e, por outro lado, a desobediência fundada na segunda cláusula do dever de justiça.

Ocorre que, como salienta Pères Bermejo, tanto a obediência quanto a desobediência, que conflituam entre si, por conta do dever de justiça, são deveres *prima facie*, dos quais tão somente um deles desfrutará efetividade. Nesse sentido, desde os argumentos de *Uma Teoria da Justiça*, a justiça ou a injustiça das leis se resolve com exclusividade numa interpretação dos princípios de justiça. A abstração dos princípios de justiça pode promover opiniões antagônicas em sua interpretação e aplicação e pode resultar dificultoso perceber de forma inequívoca qual das alternativas se adequa aos requerimentos do princípio e materializa suas exigências. No que se refere à obrigação política, o conflito surge com respeito aos defensores das alternativas desejadas, os quais julgavam corretas suas interpretações e, portanto, consideram injusta a que se tinha elevado ao patamar de lei; a derrota de seus pontos de vista supõe uma obrigada troca *in foro externo*, porque tais indivíduos, observando a primeira cláusula do dever de justiça, haveriam de ajustar sua conduta a uma norma imperativa nova; porém, não supõe, ou não tem por que supor, uma troca *in foro interno*, de modo que suas convicções acerca das exigências derivadas dos princípios de justiça podem permanecer intactas. Com isso em mente, uma das preocupações teóricas de Rawls tem sido fundamentar o dever *prima facie* de obediência que possa recair sobre as minorias ainda que contra o que ela defenda em seu *foro interno*.³²⁵

Todavia, diferentemente da posição de Rousseau que, uma vez que a *vontade geral* tivesse sido pronunciada, se contraditória em relação ao que ela preceitua, forçaria o indivíduo a mudar sua posição, inclusive *in foro interno*³²⁶, Pères Bermejo determina ainda que, em Rawls, fica vivo um conflito entre interpretações alternativas do justo, das quais uma alcança o lugar de lei imperativa, não obstante permaneçam vivas, *in foro interno*, as alternativas contrárias. E, ademais de per viver *in foro interno*, ditas alternativas estão igualmente fundadas nos princípios de justiça e poderiam desencadear uma postura desobediente por parte de seus defensores, já que esses podem apelar agora à segunda cláusula do dever natural de justiça, que lhes comina ao estabelecimento de arranjos justos ali onde estes não existam, o que, em nosso contexto, traduz-se num dever de desobediência. Quem sustenta

³²⁵ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 269-72.

³²⁶ Cf. ROUSSEAU, *Do Contrato Social*, Livro IV.

que a lei é injusta, suporta assim um conflito de deveres: por um lado, pesa sobre ele um dever de obediência ao direito que inclui igualmente a lei que considera injusta, porque essa tem sido o resultado de um procedimento político justo; por outro lado, a segunda cláusula do dever de justiça parece impor-lhe o dever de desobediência.³²⁷

Desse modo, portanto, o conflito de deveres, em torno da desobediência civil, situa-se entre o tipo particular de deveres que valem em determinadas situações. Quando se afirma a existência de um dever *prima facie*, está-se “emitindo um julgamento baseado apenas numa parte secundária do esquema mais amplo de razões.”³²⁸ Porém, como ressalta Pères Bermejo, na hora de tomar uma decisão sobre sua conduta, o indivíduo avalia todas as circunstâncias e razões do problema prático, pondera e matiza todos seus traços relevantes até o ponto de poder selecionar, dentre todos os princípios aplicáveis ao caso, aquele princípio ou combinação de princípios que melhor se adeqüe às circunstâncias, uma vez considerada a relevância de todas elas.³²⁹

A conduta individual, na linha do que explica esse autor, não se rege por deveres válidos em determinadas condições, mas por aqueles que Rawls denomina como um dever em qualquer hipótese.³³⁰ Assim, conforme sustenta, os deveres *prima facie* conflituosos que devem contrapesar-se até resolver o problema da obediência ou desobediência à lei, e por extensão, ao direito, por parte das minorias discrepantes, são o dever de os indivíduos oporem-se a uma lei injusta frente ao dever que vincula todos a uma constituição justa.³³¹ Em *Uma Teoria da Justiça*, esses dois deveres que aparecem em *Legal Obligation*, estão apresentados sob as duas cláusulas do dever natural de justiça.

Do exposto, se segue, portanto, que o conflito de deveres ao qual Rawls refere-se, conjuga-se no seguinte quadro: os indivíduos têm, quanto aos deveres, um conflito nas determinações do próprio dever natural de justiça, como retro evidenciado. Assim, concomitantemente, têm o dever de cumprir a sua parte no esquema de cooperação social dentro de instituições justas, o que os vincula a obedecer ao direito e às

³²⁷ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 271-2.

³²⁸ Cf. RAWLS, *TJ*, § 51, 378.

³²⁹ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 272.

³³⁰ Cf. RAWLS, *TJ*, § 51, 378.

³³¹ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 272.

leis da maioria, frente ao dever de colaborar no estabelecimento de disposições justas quando estas inexistam.³³²

Evidentemente, como se tem procurado demonstrar até aqui, Rawls sustenta uma teoria que é capaz não só de conduzir a obediência de leis justas, mas também de se aceitar e se obedecer a leis injustas, quando estabelecidas na presença de instituições justas, como é o caso da constituição justa e do procedimento político justo, figurado na regra da maioria. Nesse último caso, o dever de obedecer a uma norma injusta contenda com um dever de conteúdo oposto de acordo com a estrutura dos conflitos entre deveres *prima facie*.

No marco desse conflito, Pères Bermejo estabelece quatro modos em que se podem encontrar princípios que conduziriam a obediência à lei, ou a sua desobediência, isto é, que serviriam de orientação para priorizar um, e não outro, no conflito entre deveres *prima facie*.³³³ São, pois os seguintes: em primeiro lugar, a obrigação de obedecer à lei não pode ser anulada apelando-se ao princípio da utilidade;³³⁴ em segundo lugar, a intolerância das injustiças econômicas serve como norte;³³⁵ em terceiro lugar, a equidade na distribuição das injustiças deve ser

³³² Cf. PÉRES BERMEJO, *op. cit.*, 273.

³³³ Objetiva-se apresentar tais questionamentos, sem, entretanto, pretender-se discuti-los nesta investigação, posto que, em caso contrário, estender-se-ia demasiadamente para além dos limites propostos para a pesquisa.

³³⁴ O autor argumenta, e retro já se discutiu, que eleger o princípio da utilidade como princípio para os indivíduos conduziria uma concepção incoerente do justo, posto que os princípios de justiça fossem já escolhidos como princípios para as instituições. Assim, há a negativa de que o problema da obrigação política, no contexto da querela entre deveres *prima facie* possa ser resolvida pelo utilitarismo. Cf. PÉRES BERMEJO, *op. cit.*, 274.

³³⁵ Quanto a esse ponto, o autor aponta para a possibilidade de se resolver o problema recorrendo à ordem de prioridade entre os princípios de justiça, haja vista que a pergunta pelo princípio que estabelece a relação de desigualdade – que desnivela a igualdade – no caso dos deveres *prima facie* é também a pergunta pelo princípio determinante de uma incontestável tolerância de injustiças econômicas. Segundo afirma, evocar a prioridade do primeiro princípio e da igual oportunidade, do segundo princípio, é um equívoco para resolver tal impasse, uma vez que essa prioridade serve mais para uma forma qualificada de desobediência, como é a desobediência civil, pois, como é de fato, a intenção de Rawls é garantir a pureza das intenções dos desobedientes civis, conjuminado a um fim político generalizável e não particularista. Essa pureza, como se verá, é mais difícil de notar nos problemas de justiça econômica, em razão do que se incorre na não possibilidade da desobediência civil nessa esfera. É possível, conforme sublinha, exemplos de injustiça econômica que podem ser contestadas legitimamente, semelhantes ao caso concreto de injusta concernente aos arranjos justos bem como à justiça entre as gerações. Contudo o ponto que aqui se quer pôr em tela está no fato de que evocar a hierarquia dos princípios oferece aos indivíduos um norte que pode realizar-se na adoção de uma atitude mais exigente no respeito ao primeiro princípio de justiça às liberdades básicas, pois uma violação de tal grau supera os níveis toleráveis de injustiças. Cf. PÉRES BERMEJO, *op. cit.*, 275-6.

observada;³³⁶ e, por fim, em quarto lugar, o dever natural de civismo auxilia no estabelecimento de certos parâmetros.³³⁷

Essas seriam, assim, orientações, nortes que, dentro do pensamento de Rawls, poderiam indicar um modo de se resolver esse conflito de deveres. Assim, os três primeiros sustentariam uma posição em favor da segunda parte do dever natural de justiça, ao passo que a quarta orientação, calcada no dever natural de civismo, estabeleceria uma posição em prol da primeira parte do dever de justiça.

É conveniente dizer que essa discussão é secundária, dentro do objetivo maior a que Rawls se propõe, a saber, a sustentação de uma concepção de justiça, a justiça como equidade. Dessa sorte, Rawls não apresenta, porque não é seu intento, uma teoria clara e acabada quanto ao conflito de tais deveres. Além disso, reputa pertinente arguir que a decisão, tangente ao conflito de deveres, será sempre individual – honrando seu fundo liberal – mas não de qualquer modo: será uma decisão comprometida com a ordem pública e com a concepção de justiça vigente.

3.2. A DEFINIÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL: LEGALIDADE VERSUS LEGITIMIDADE

Após se apresentar a problemática em torno do conflito de deveres, no marco da qual se situa a desobediência civil, como um problema de obediência ao direito e à lei, pode-se efetivamente

³³⁶ Com esse tópico, o autor pretende clarificar e determinar que, no pensamento rawlsiano, a equidade, no que respeita à distribuição das injustiças, pode ser entendida como um argumento relevante na decisão individual, assim como a teoria de Rawls se presta a reconhecer que, para as minorias excluídas sistemática e continuamente, resulta justificado que o conflito dimana em favor da desobediência, desde que bem entendida e que se trate de casos extremos de injustiça, tendo em vista que a solução específica dependerá do caso concreto. Cf. PÉRES BERMEJO, *op. cit.*, 278.

³³⁷ Se, evidentemente, os pontos anteriores apontavam, no conflito entre deveres, para a desobediência à norma injusta, consoante com o dever natural de justiça, essa orientação para os indivíduos leva a frear a propensão à desobediência, pois, como indica, aponta para uma solução no lado da obediência. A ideia é que o dever natural de civismo impõe aos indivíduos a aceitação dos defeitos das instituições assim como a não explorar as deficiências inevitáveis contidas nas normas para a promoção de seus interesses particulares, implicando a aceitação e obediência às leis injustas, ante a impossibilidade de se obter uma justiça perfeita. O dever natural de civismo, contudo, não supõe nenhum dever moral de obediência ao direito, mas, antes, cumpre a função semelhante ao que se podem denominar exigências de solidariedade. Cf. PÉRES BERMEJO, *op. cit.*, 279. Vale dizer que a tese de Emilio Martínez Navarro a respeito do pensamento rawlsiano, de modo vasto e amplamente percebido, sustenta-se na ideia de que a teoria deste autor se apresenta uma “*solidariedade liberal*”. Cf. NAVARRO, *Solidaridad Liberal – la propuesta de John Rawls*, 260 p.

descrever a caracterizar o modo como Rawls define a desobediência civil. De acordo com Dutra, o problema da desobediência civil, na perspectiva rawlsiana, é conexo com o problema da democracia majoritária e com a distinção entre justiça e legitimidade³³⁸, no marco da qual se pode aferir a distinção entre legalidade e legitimidade.

Nos termos de Rawls, uma teoria constitucional acerca da desobediência civil deve, antes de tudo: i) definir a espécie de dissensão e distingui-la de outras formas de oposição à autoridade democrática de tal sorte a definir o âmbito dentro do qual se situa e, igualmente, identificando as considerações que são, de fato, pertinentes nesse espectro de possibilidades; ii) apresentar as razões e as condições em que uma tal ação se justifica num regime democrático razoavelmente bem-ordenado; e, por fim, iii) explicar o papel que possa vir a ter dentro de um sistema constitucional, bem como dar a conhecer a adequação dessa modalidade de protesto no interior de uma sociedade livre.³³⁹ Assim procedendo, Rawls está, certamente, traçando algo como um itinerário teórico de justificação da prática da desobediência civil numa sociedade democrática, que apesar das falhas, respeita razoavelmente bem os princípios da justiça.³⁴⁰

³³⁸ O autor afirma que Rawls diferencia justiça de legitimidade, o que permite que, mesmo na ausência de um padrão estrito de justiça, seja possível a afirmação de que em um nível de justiça corresponde-se à legitimidade, no sentido tácito que a legitimidade tolera certos graus de injustiça. Cf. DUTRA, *Justiça Processual e Substantiva na Filosofia Prática Contemporânea*, 146. Conforme se viu, esse aspecto, correspondente à legitimidade, é caracterizado no sentido da observação de um procedimento adequado, como ficou claro no problema da regra da maioria. Embora o procedimento seja justo e, portanto, legítimo para as pretensões de resultados justos, não há mecanismos que assegurem a justiça do resultado. Nesse sentido, explica-se também a vinculação da questão da desobediência civil à legitimidade e à democracia majoritária, nos termos da regra da maioria, que, de certo modo, estabelece o mecanismo adequado para que uma norma seja investida de legalidade, tal qual preceitua o estado de direito.

³³⁹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 55, 403.

³⁴⁰ A desobediência, pertencente à teoria não ideal, recorre ao *sensu de justiça* da maioria para se legitimar e se respaldar acerca da violação intolerável do primeiro princípio e da igual oportunidade, do segundo princípio. Assim, pode-se entender a afirmação de Navarro, segunda a qual a desobediência civil deve ser entendida como uma apelação ao *sensu de justiça* da maioria e sob a firme convicção, por parte dos dissidentes, de que não se estão respeitando as regras de cooperação social numa sociedade bem ordenada em sua maior parte que, sem embargo, permite e potencializa a injustiça. Assim posta, é perceptível que o objetivo dos dissidentes é advertir a maioria legal, instando-a ao cumprimento do que fora previamente estabelecido na posição original, na teoria ideal. Cf. NAVARRO, *Desobediência Civil y Sociedad Democrática*, 86.

Embora o autor advirta que não se deve esperar muito de uma teoria da desobediência civil³⁴¹, ele sustenta que essa forma de oposição, no lastro de Bedau e próxima de Martin Luther King, é encetada com um ato público cujos constitutivos principais são a não violência e a consciência no sentido de que se propõe uma mudança na lei injusta.³⁴² Nesse sentido, Rawls a precisa do seguinte modo:

Vou começar pela definição de desobediência civil como um público, não violento, consciente e não obstante um ato político, contrário à lei, geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e nas políticas do governo.³⁴³

Como indica Péres Bermejo, a definição de desobediência civil aportada por Rawls é demasiadamente exigente e rigorosa, pois integra invariavelmente o cumprimento de inúmeras condições e exigências teóricas e conceituais, a saber, a publicidade, a intencionalidade política, o esgotamento de todos os recursos legais, a não violência e a aceitação voluntária do castigo enfatizando insistentemente as qualidades cívicas e desinteressadas.³⁴⁴

Ademais dessas ressalvas, é notório que, embora se reconheça a validade da norma jurídica, e, portanto, a obediência em relação à sua aplicação, o que se tem por certo é que essa norma encontra-se

³⁴¹ O filósofo admoesta, em tom de advertência, que não se pode esperar muito de uma teoria da desobediência civil posto que ela deva ser assentada em juízos ponderados, os quais serão alcançados após a reflexão daqueles que aceitaram os princípios da justiça, aceitos pela sociedade democrática.

³⁴² Segundo Rawls dá a entender, em nota, seu conceito de desobediência civil se sustenta na definição de Bedeau “On Civil Disobedience,” *Journal of Philosophy*, vol. 58 (1961), pp. 653-661. Uma vez que seja assim, a definição rawlsiana coloca-se como uma definição restrita, diferentemente daquela definição sugerida por Thoreau, em seu ensaio. Embora ela se aproxime do conceito definido por Martin Luther King “Letter from Birmingham City Jail” (1963), reimpressa em H. A. Bedau, ed., *Civil Disobedience* (New York, Pegasus, 1969), pp. 72-89. Ademais dessas referências, também é digno de menção, o fato de que Rawls aponta para a possibilidade de que, num regime democrático, não é apenas a desobediência civil que alcança justificação, como forma de dissensão. Cf. RAWLS, *op. cit.*, 686-7.

³⁴³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 55, 405.

³⁴⁴ Esses conceitos estão latentes na obra de Rawls: a *publicidade* é o caráter aberto e a tendência propagandista; a *intencionalidade política* caracteriza-se pelo teor de mudança ou derrogação de uma norma em benefício do sistema jurídico e dos princípios compartilhados que os fundamentam; *esgotamento dos recursos legais*, ou seja, a desobediência civil é um procedimento extraordinário, pois sendo em si mesma uma infração da lei, é um recurso não contemplado por legislação processual alguma, e, portanto, uma conduta ilegal; a *não-violência*, que permite a denominação civil; *aceitação voluntária do castigo que, assim como o suposto anterior, visa assegurar a civilidade do ato*, o respeito ao sistema legal e a ausência de consideração de auto-interesse. Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 292-7; 318.

desprovida de legitimidade, posto que a injustiça – sobretudo aquela que transcende o nível tolerável conquanto o dever natural indicar a obediência a uma lei injusta – não pode ser endossada pelos princípios de justiça.

Ora, nesse ponto, veladamente, evidencia-se um conflito entre dois conceitos caros à tradição da filosofia política e da filosofia do direito, vale dizer, legitimidade e legalidade.³⁴⁵ Conforme visto anteriormente, do estado de direito, cujo objetivo realiza-se na proteção das liberdades básicas especificadas pelo princípio da liberdade igual, procede à legalidade, a partir da qual uma norma passa a ter validade. Diferentemente, deve-se ver que a legitimidade, de certo modo, é vinculada aos princípios de justiça e à observância dos procedimentos equitativos correlatos. Uma vez que seja assim, é permissível dizer que, numa sociedade bem ordenada, no âmbito da teoria ideal, não possa apresentar normas que, apesar de serem legalmente constituídas dos requisitos formais da validade, são igualmente ilegítimas. O procedimento equitativo assegura a legitimidade e, portanto, conjugada à legalidade, estabelece o dever, conforme o dever natural de justiça, de obediência à constituição e à legislação nela sustentada.

Ocorre que, no âmbito da teoria não ideal, Rawls admite que as condições sejam diferentes daquela da teoria ideal. Retomando-se o que o autor sustenta, acerca da desobediência civil, é claro que as considerações são vinculadas às sociedades bem ordenadas que, contudo, apresentam certas injustiças. Sendo assim, nesse contexto, pode acontecer haverem certas normas que, ademais da estrutura legiferante, constituinte da legalidade, são, no entanto, desprovidas de legalidade, pois são demasiadamente injustas.

São, de tal sorte, normas ilegítimas, mas investidas da validade advinda do estado de direito que a tratativa da desobediência civil pondera. Moralmente, ancorando-se no dever natural de justiça, a desobediência é um meio adequado que, apesar da forte caracterização em relação às outras formas de oposição, permite redirecionar a ordem legal à legitimidade, no que respeita às certas normas injustas. Se não for assim, embora Rawls não trate com maiores cuidados tais temas, o autor afirma que se não se entende ser legítima a ordem democrática

³⁴⁵ É bem verdade que em obras posteriores, mas principalmente em *PL*, a discussão em torno da legitimidade e de seus vínculos com uma democracia constitucional é bem mais ostensível. Embora seja relevante, esta investigação se estende demasiadamente para além dos limites dessa presente pesquisa. A questão da legitimidade pode ser divisada no artigo de LOIS & NETO, *O Constitucionalismo de Rawls: Elementos para sua Configuração*, In: **Revista da Faculdade de Direito** - UFPR, Curitiba, n.48, p.203-218, 2008.

instituída, a resistência armada, assim como outras formas de oposição, são, certamente, possíveis.³⁴⁶

Ademais dessa questão, mediante o reconhecimento de que o ato de protesto configurante da desobediência civil não viola necessariamente a mesma lei contra a qual se protesta, Rawls estabelece uma importante distinção preliminar, qual seja, a distinção entre a desobediência civil direta e indireta. Rawls arguiu que, em certas ocasiões, não há fortes razões para não se infringir a lei ou política tida como injusta. Segundo sustenta, inversamente,

[...] alguém pode desobedecer leis de trânsito ou entrar ilegalmente numa propriedade como uma forma de apresentar os seus argumentos. Assim, se o governo estabelecesse uma lei vaga e rígida contra a traição, não seria apropriado cometer uma traição como uma maneira de lhe fazer objeção, e de qualquer modo a pena poderia ser muito maior do que alguém estaria razoavelmente disposto a aceitar. Em outros casos, não há como violar diretamente a política do governo, como quando ela diz respeito a assuntos estrangeiros ou afeta uma outra parte do país.³⁴⁷

A distinção, portanto, entre desobediência civil direta e indireta visa a proteger os indivíduos quanto às suas pretensões, posto que as sanções pudessem ser bem maiores do que alguém estaria disposto a aceitar, tendo em vista que oneraria demasiadamente. É nesse sentido que Rawls sugere que se deva desobedecer a leis de propriedade ou de trânsito, como o caso de uma passeata em favor da liberdade de consciência ou religiosa.

A afirmação de Rawls é, ainda, reveladora, pois indica que não existem meios para se violar diretamente a política do governo quando essa diga respeito a assuntos de outros países. Não existe como violar diretamente, por meio de protesto, uma lei que seja, em certo sentido, vinculada a tais questões. Por isso, nesse caso, recorre-se à desobediência indireta.

³⁴⁶ Esse não é o caso, contudo, no trato da desobediência civil, no marco da qual é possível argumentar a respeito da relação entre legalidade e legitimidade. A desobediência civil é concebida para uma sociedade bem ordenada, apesar das violações ao princípio da igual liberdade. Isso implica que, em sua maioria, a sociedade é, pois, legitimamente reconhecida. A tratativa da legalidade conflitando com a legitimidade concentra-se, apresenta-se no marco da norma injusta, em virtude do que não há outra saída que não a desobediência civil.

³⁴⁷ Cf. RAWLS, *TJ*, § 55, 404.

Rawls afirma textualmente, também, que a desobediência civil é literalmente um ato contrário à lei. Uma vez que seja assim, os envolvidos, mesmo considerando que uma lei protestada seja mantida, estão preparados para se opor a ela. Isto é, assumem publicamente as consequências por suas ações. Há certa similaridade com a atitude de Gandhi que, ao ser acusado de não cumprir com uma ordem legal, apresenta-se diante do magistrado e declara-se culpado da acusação. Nessa ocasião, Gandhi lê um breve texto no qual afirma que sua primeira atitude, como cidadão respeitoso das leis, foi a de obedecer ao mandamento legal, ao que, logo após, diz não poder realizar porque fere o seu sentido de dever e, portanto, suas convicções. Sendo assim, Gandhi enfaticamente deixa claro que, sob a constituição à qual estavam subordinados ele e seus compatriotas, a única coisa sã e honesta para um homem que se respeita, nas circunstâncias em que se encontrava, era submeter-se às acusações de desobediência, assumindo assim, as consequências legais por conta de sua desobediência.³⁴⁸

A desobediência civil é, ainda, para o filósofo, um ato político, pois é orientada e justificada mediante princípios de base política: ela não apenas se dirige à maioria que detém o poder político, mas é, também, orientada por aqueles princípios reguladores da constituição e das instituições sociais, a saber, os princípios de justiça.

Na justificativa da desobediência civil, o cidadão não apela para princípios de moral pessoal ou para doutrinas religiosas, embora esses fatores possam coincidir e sustentar as reivindicações apresentadas; e não é preciso dizer que a desobediência civil não pode fundamentar-se unicamente no interesse pessoal ou de grupos. Em vez disso, invoca-se a concepção comumente partilhada da justiça que subjaz à ordem política.³⁴⁹

Assim, os desobedientes civis defendem, a rigor, os princípios de justiça, adotados na constituição e, com base nesses princípios, questionam a validade de um determinado preceito normativo ou determinada política governamental, alegando que, um ou outro, ferem os princípios de justiça, pois, em última instância, não estão em conformidade com o que está estabelecido na constituição justa. Uma

³⁴⁸ O esclarecimento, quanto à atitude de Gandhi, encontra-se em: NAVARRO, *Desobediencia Civil y Sociedad Democrática*, 82, na nota 169.

³⁴⁹ Cf. RAWLS, *TJ*, § 55, 405.

vez que a concepção pública partilhada da justiça estabelece um padrão em referência no qual os indivíduos regulam suas atividades políticas e interpretam a sua constituição, fica fácil compreender que é essa concepção um norte para a desobediência civil. Assim, pois, é notória a compreensão de que, em *Uma Teoria da Justiça*, a concepção de justiça, comumente partilhada, subjaz à ordem política, nos termos de uma concepção pública de justiça. Ora, é a violação contínua e deliberada dos princípios básicos dessa concepção por um tempo prolongado que, numa sociedade razoavelmente democrática, incita o comportamento individual ou à submissão, ou à resistência. Desse modo, Rawls explica que

A violação contínua e deliberada dos princípios básicos desta concepção durante um largo período de tempo, especialmente a infração das liberdades básicas iguais, incita ou à submissão ou à resistência. Pela prática da desobediência civil, uma minoria força a maioria a considerar se ela deseja que seus atos sejam interpretados dessa maneira, ou se, em vista do senso comum da justiça, ela deseja reconhecer as legítimas reivindicações da minoria.³⁵⁰

Algumas ponderações decorrem, pois, dessa definição por parte de Rawls. Segundo se percebe, a prática da desobediência não se dá efetivamente diante de qualquer lei supostamente tida como injusta, mas, diversamente, quando há uma violação, e Rawls enfatiza esse aspecto como condicionante, contínua e deliberada das liberdades básicas iguais, especificadas pelo primeiro princípio. Sendo assim, se o governo fizer uma lei que um indivíduo, ou um grupo de indivíduos, entende ser injusta, não segue dessa consideração que esse indivíduo ou esse grupo tenha o direito da prática da desobediência civil. Como se percebe, os condicionantes e os qualificadores da desobediência civil são exigentes e específicos: a desobediência civil é cabível ao caso de um governo que quer ser injusto, pois, num estado democrático legítimo, justo ou quase justo, a criação de leis dá-se tendo em vista a manutenção dos valores e da própria ordem democrática.³⁵¹

³⁵⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 55, 405.

³⁵¹ Esse aspecto é relevante para compreender a diferença da teoria da desobediência civil estruturada por Rawls daquela forjada pelos clássicos: o projeto teórico dos autores clássicos atribui ao indivíduo o direito de desobedecer a uma lei que se considera injusta. Nesses termos, ela se assemelha à definição rawlsiana de objeção de consciência. A desobediência civil não pode ser determinada com base apenas na concepção de bem individual. A desobediência civil

Novamente, deve-se ressaltar a importância do senso de justiça de justiça no que diz respeito à obediência ao direito na teoria não ideal, pois se a desobediência civil resulta de um conflito de deveres, como princípios para os indivíduos coerentes com os princípios de justiça, é também verdade que o sentimento, o sentido atribuído à justiça, de acordo com a concepção pública de justiça, é dado pelo senso de justiça, de tal modo que ele é ferido quando ocorrem severas violações dessa concepção. Em outros termos, as instituições justas estão adequadas ao senso de justiça público e, quando apresentam certas injustas, destoam do que o sentido de justiça dos indivíduos indica. Assim, é a partir do senso comum de justiça que uma minoria que sofre a violação contínua e deliberada dos princípios básicos, especialmente aqueles especificados pelo primeiro princípio, sente-se motivada a resistir, pois, conforme aduz Mejia Quintana, a desobediência civil, numa sociedade democrática, é um mecanismo de exceção com o qual contam as minorias para se defenderem de uma maioria que promulga leis prejudiciais e que não leva em consideração suas reclamações e exigências.³⁵²

Ademais, Rawls considera que a desobediência civil é, igualmente, um ato público, no sentido estrito do termo, pois não apenas se dirige a princípios públicos, mas é realizada em público, sendo comparada, inclusive, com o ato de falar em público. Nesse sentido, expressa o autor, é “*uma expressão de convicção política profunda e consciente*”³⁵³, o qual se realiza num fórum público, uma vez que assim, cumpre a condição de publicidade.

Em virtude de ser pública, a desobediência civil é caracterizada como uma ação não violenta e, portanto, incompatível com a noção de apelo público que traz latente em si mesma. Ao “[...] *evitar o uso da violência, especialmente contra as pessoas, não por abominar o uso da força por princípio, mas por ser uma expressão conclusiva do argumento de alguém*”³⁵⁴, está-se, justamente, assegurando-se a

requisita um critério objetivo, em razão do que aparece germinalmente, a ideia de razão pública. Desse modo, ao argumentar publicamente em prol do que sustenta ser uma violação contínua e deliberada de uma liberdade especificada pelo primeiro princípio, o indivíduo reconhece e valoriza a sociedade democrática, e assume que o tribunal de última instância, verdadeiramente, é o eleitorado como um todo.

³⁵² Cf. MEJIA QUINTANA. **La justificación constitucional de la desobediencia civil.** *En publicación: Revista de Estudios Sociales, no. 14.* CESO, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de los Andes, Bogota, Colombia: Colombia. febrero. 2003 0123-885X.

³⁵³ Cf. RAWLS, *TJ*, § 55, 405.

³⁵⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 55, 405.

manter a manutenção do caráter legítimo do protesto público, posto que qualquer interferência nas liberdades civis de outros indivíduos, mediante a violência, tende a descaracterizar essa modalidade de dissensão haja vista ser contraditória com a primazia e proteção da liberdade igual como a precisa o primeiro princípio.³⁵⁵

Evidentemente, correlacionadas aquelas acima, existem outras razões pelas quais essa dissidência é considerada uma ação não violenta: ela expressa uma desobediência à lei dentro dos limites da fidelidade à lei – dentro do espírito da lei – que se expressa pela natureza pública e não violenta do ato, embora seja situada na margem externa da legalidade. Neste particular, novamente, está-se dentro da querela entre legalidade e legitimidade. Assim, pode-se dizer, como Agra Romero, que a desobediência civil põe em relevo a diferenciação, conforme visto, entre legitimidade e legalidade: constata-se a possibilidade de que a legalidade atente contra os princípios constitucionais legitimadores da sociedade, pelo que, a desobediência, conforme se verá, pode ser vista como a guardiã da legitimidade do estado democrático dentro de um estado de direito. A desobediência civil permite sopesar legitimidade e legalidade, opondo-se assim, ao legalismo autoritário cuja máxima é “*a lei é a lei, o dever é o dever.*”³⁵⁶ Não obstante, segundo Rawls,

A lei é violada, mas a fidelidade à lei é expressa pela natureza pública e não violenta do ato, pela disposição de aceitar as consequências jurídicas da própria conduta. Essa fidelidade à lei ajuda a provar para a maioria que o ato é de fato politicamente consciente e sincero, e que intencionalmente se dirige ao senso de justiça público.³⁵⁷

Desse modo, na margem externa da legalidade, mas não objetivando sua inexistência, antes, a sua correção, procura-se, recorrendo-se ao senso de justiça público dos indivíduos, informar que uma norma está destituída de legitimidade – não procedimental, todavia daquela consoante aos princípios de justiça –, embora o sistema integralmente não esteja, de tal sorte que, em razão do dever natural de

³⁵⁵ É notório que, conforme Agra Romero dá a entender, a rejeição de Rawls da violência é perfeitamente cabível e adequada ao caso de uma sociedade bem ordenada: a violência é incompatível tendo em vista que se trata de reflexionar e de ponderar acerca das convicções comumente partilhadas por todos os indivíduos. Cf. AGRA ROMERO, *J. Rawls: el Sentido de Justicia em uma Sociedad Democrática*, 154.

³⁵⁶ Cf. AGRA ROMERO, *op. cit.*, 154-5.

³⁵⁷ Cf. RAWLS, *TJ*, § 55, 406.

justiça, como adiante se verá, cessa o dever de obediência e coloca-se o dever de desobediência, que, a rigor, um e outro, são instâncias de um dever de justiça. O compromisso do indivíduo, portanto, é com a justiça, e nisso se assenta a legitimidade de seu protesto, embora a ordem político-jurídica seja legítima. Noutros termos, é a fidelidade à lei que move a desobediência e, nesse sentido, é permissível a dicção de que esta é a justiça além das fronteiras, dos limites do direito sem, contudo, objetivar-lhe a extensão, antes, sua correção naquilo que reputa injusto.

Resulta que a desobediência civil, numa sociedade bem ordenada, mesmo que quase justa, como uma forma de dissidência que se situa, por um lado, entre o protesto jurídico e a provocação intencional de processos exemplares e, por outro, a recusa de consciência e as várias formas de resistência. Além disso, representa uma modalidade de dissensão dentro dos limites da fidelidade à lei. Portanto, nessa perspectiva, ela é distinta da objeção de consciência da própria ação armada.³⁵⁸ Em resumo, esses três traços preliminarmente esclarecidos

³⁵⁸ No que tange à ação armada e à prática da obstrução, Rawls traça algumas breves considerações no sentido de distinguir a desobediência civil dessas modalidades de resistência. Segundo Rawls, uma primeira característica dessas práticas, inexistente na desobediência civil, é o uso da força. Como exemplo, o autor afirma que um combatente faz uma oposição muito mais radical ao sistema político existente do que um desobediente civil, pois não o aceita como sendo quase ou razoavelmente justo. Acredita, antes, ou que o sistema se afasta consideravelmente dos princípios professados ou que persegue uma concepção de justiça completamente equivocada. Assim, embora a ação seja consciente segundo seus próprios termos, ele não apela para o senso de justiça da maioria ou dos detentores do político efetivo, tendo em vista que, nesse caso, considera que o senso de justiça desses indivíduos está equivocado. Procura, isso sim, ações armadas bem estruturadas de subversão e resistência, e coisas semelhantes, com o tácito objetivo de atacar a visão predominante da justiça ou forçar um movimento na direção desejada. O combatente, com isso, pode tentar esquivar-se das penas, posto que não esteja disposto a aceitar as conseqüências jurídicas de suas violações da lei haja vista não reconhecer a legitimidade da constituição à qual se opõe. A ação armada, assim descrita, não está dentro dos limites da fidelidade à lei, mas representa uma oposição profunda à ordem jurídica, o que, por sua vez, não ocorre com a desobediência (visto que ela não nega a legitimidade integralmente da ordem jurídica, mas nega-a pontualmente, isto é, nega a legitimidade de uma norma em virtude de transcender consideravelmente os limites toleráveis de injustiça). Rawls conclui esta descrição aduzindo que, na perspectiva do combatente, a estrutura básica é tão injusta ou então se afasta tanto de ideais professados por ele, que se tenta preparar o caminho para uma mudança radical ou até revolucionária – do que deriva que, na opinião de Rawls, embora não diga nada nesse sentido, em certas circunstâncias a ação armada e outras espécies de resistência são justificadas. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 55, 407. Talvez seja um exemplo adequado do que Rawls procura ilustrar, com essa descrição da ação armada, o programa de resistência que o grupo separatista ETA tem desenvolvido em Espanha nos últimos anos. Por meio de ações armadas, esse grupo vem procurando fragilizar o governo central espanhol a fim de promover a independência dos países Bascos. Desse modo, não reconhece a legitimidade da constituição espanhola, em função do que não pretende submeter-se aos ditames dela emanados, portanto, situando-se fora dos limites da fidelidade à lei. Outros

176

por Rawls, quais sejam, de que a desobediência civil é um ato público, não violento, que ela é um ato contrário à lei, mas fiel à lei, e que ela é uma ação política, visam a distinguir e a diferenciar a desobediência civil de outras modalidades de dissensão e protesto.³⁵⁹

3.3. JUSTIFICAÇÃO MORAL DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Navarro sustenta a ideia de que Rawls faz depender a justificação razoável da desobediência civil da teoria da obrigação política conjugada à teoria do contrato social, pois, sendo a justiça e a eficiência as virtudes prementes das instituições sociais, e estando os indivíduos sob a observação do dever natural de justiça através do qual devem – para alguns, também a obrigação natural – apoiar instituições justas e eficientes, redundante que, assim, a justiça, a obrigação política e a teoria do contrato social são postos, numa trilogia crucial circunscrita a um regime democrático-constitucional, como justificadores terminológicos da desobediência civil.³⁶⁰

Importa saber que, nessa arguição em favor da desobediência civil, Rawls não se vale do princípio da equidade, mas somente do dever natural de justiça, tendo em vista que esse estabelece as bases primeiras dos vínculos políticos com um regime constitucional. Esses vínculos sobre os quais se centra a discussão em torno da desobediência civil são, ademais, reservados aos limites internos de um estado democrático, isto

exemplos são, igualmente, possíveis, como ocorrem com algumas províncias russas as quais, mediante a ação armada, buscam sua independência da Federação Russa.

³⁵⁹ Rawls disserta amplamente sobre a objeção de consciência que, vale dizer, da perspectiva rawlsiana, não é a mesma coisa que a desobediência civil, apesar de ser uma forma de dissidência. Rawls a entende como a desobediência a uma injunção legal ou a uma ordem administrativa mais menos direta e, em traços gerais, se diferencia da desobediência civil nos seguintes aspectos: i) não é uma forma de apelo ao senso de justiça da maioria, pois não se a pratica publicamente com o objetivo de mudar a lei ou política que é injusta; ii) não se baseia em princípios políticos necessariamente uma vez que pode ser baseada em princípios religiosos ou de qualquer outra ordem que divirja da ordem constitucional – nesse particular, a desobediência civil apela à concepção pública de justiça, partilhada pela comunidade – embora, em alguns casos, isso possa ocorrer; Rawls ainda afirma que, em certas ocasiões, sucumbe-se à tentação de considerar que a lei sempre deve respeitar os ditames da consciência, o que pode não estar certo. Antes, tendo em vista que o objetivo de uma união social é o de apoiar, proteger e promover instituições justas, uma teoria da justiça deve encontrar um modo para lidar com aqueles que discordam, o que efetivamente, Rawls não deixa muito claro, quanto a esse aspecto, embora aclare que se deve ter em conta a proteção da igual liberdade individual nessa seara. Além disso, é oportuno arguir que, do ponto de vista prático, em situações concretas, não existe nenhuma distinção evidente entre desobediência civil e objeção de consciência. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 56, 407-11.

³⁶⁰ Cf. NAVARRO, *Desobediencia Civil y Sociedad Democrática.*, 86.

é, a dissidência civil é restrita às injustiças internas – entendendo aqui que estas são promovidas por suas instituições – de uma sociedade bem ordenada, e não ao ambiente pluralístico da ordem internacional como um todo, da perspectiva da Sociedade dos Povos.³⁶¹

Para o autor, há três pressupostos, que são condições a partir das quais se elabora uma justificação da desobediência civil em *Uma Teoria da Justiça*, no contexto da qual o autor começa estabelecendo condições favoráveis, vistas como pressupostos, à prática da desobediência civil estabelecendo, posteriormente, uma ligação sistemática dessas condições com o valor dessa desobediência num estado de quase justiça.³⁶²

A primeira condição pressuposta concerne à injustiça, a qual constitui o objeto apropriado da desobediência civil. Rawls considera, como acima apontado, que a desobediência civil é um ato político, dirigido ao senso de justiça razoável da comunidade. Ela deve ser restringida a casos de injustiça patente, sobretudo, à *violação do princípio da liberdade igual*, uma vez que este define o *status* comum da cidadania igual dentro de um regime constitucional e, às gritantes violações da segunda parte do segundo princípio, a saber, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades – mais facilmente perceptíveis. Dessa maneira, Rawls exclui da desobediência civil as violações ao princípio da diferença, posto que suas infrações sejam mais difíceis de serem verificadas em razão de o princípio ser aplicado a práticas e instituições sociais e econômicas. A despeito disso, argumenta o filósofo, tendo em vista que o apelo à concepção pública de justiça não fica suficientemente claro, é melhor deixar a resolução dessas questões ao processo político – desde que as liberdades iguais necessárias estejam preservadas. Portanto a primeira condição preceitua a observância às especificações do primeiro princípio, pois

[...] quando se nega a determinadas minorias o direito de votar ou de ocupar cargos públicos, ou o direito de ter propriedades e o de ir e vir, ou que se reprimem certos grupos religiosos e se lhes nega várias oportunidades, essas injustiças podem ficar óbvias a todos.³⁶³

³⁶¹ Essa discussão é passível de ser abordada desde a perspectiva que Rawls assume em *Political Liberalism* e *The Law of People*. Todavia não se tomará esta direção nessa pesquisa.

³⁶² Cf. RAWLS, *TJ*, § 57, 412.

³⁶³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 57, 412.

Evocando-se a discussão pregressa e tomando-a por norte, recomenda-se que, quando a injustiça não for demasiado grave e nem afete ao primeiro princípio assim como a segunda parte do segundo princípio, essa lei injusta seja obedecida. Sendo assim, no contexto do conflito de deveres retro apresentados, o problema resolver-se-ia recorrendo a uma distinção temática, qual seja, as injustiças em matéria de liberdades básicas e igualdade de oportunidades jamais são toleradas ao passo que as injustiças sociais são sempre toleradas.³⁶⁴

A segunda condição imposta por Rawls diz respeito à suposição de que os apelos normais dirigidos à maioria política já foram feitos de boa fé e não obtiveram êxito, mostrando-se os meios legais evidentemente inúteis. Nos casos em que a desobediência civil é o último recurso, pondera Rawls, deve-se ter certeza de que ela é factualmente necessária. De fato, na perspectiva rawlsiana, só se encontra a segunda condição se houver comprovadamente a necessidade da desobediência civil. Caso não haja, não se a tem. Portanto, quando “[...] *as tentativas de provocar revogação das leis injustas foram ignoradas, e as demonstrações e os protestos feitos legalmente não obtiveram algum êxito*”³⁶⁵, e havendo, pois a necessidade, em termos fáticos, tem-se a segunda condição da desobediência civil.

Sem embargo, é relevante alertar que ela é uma hipótese tendo em vista que, em alguns casos de injustiça patente, por serem tão radicais a ponto de dispensarem o dever de primeiro usar apenas os meios legais de oposição política, como no caso em que o legislativo decretasse alguma violação abusiva da liberdade igual – decretasse a imposição de uma religião oficial não se permitindo a liberdade de culto às demais, por exemplo – o autor admite que não se deve esperar que os indivíduos, que se sentem prejudicados efetivamente em sua liberdade igual, opusessem-se à lei mediante os procedimentos políticos pertinentes. Nessa linha, em alguns casos, pode-se pular esta segunda condição desde o ponto de vista de uma injustiça abusiva.³⁶⁶

A última condição se configura, para Rawls, no sentido de que, em certas ocasiões, o dever natural de justiça³⁶⁷ pode exigir uma

³⁶⁴ Cf. PÉRES BERMEJO, *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de John Rawls*, 275-6.

³⁶⁵ Cf. RAWLS, *TJ*, § 57, 413.

³⁶⁶ Cf. RAWLS, *TJ*, § 57, 414.

³⁶⁷ Conforme argüido, o dever natural de justiça, também considerado o mais relevante, para Rawls, é aquele de apoiar e promover as instituições justas. Tem dois aspectos: 1) obedecer às instituições justas que nos dizem respeito; 2) cooperar à criação de instituições justas quando elas não existem. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 51, 369-71.

determinada restrição, vale dizer, aquela proveniente do problema das minorias. Tal problema, de certo, se coloca quando minorias, durante certo tempo, sofrem graus de injustiça e, por esta razão, alicerçadas nas condições referidas anteriormente, têm razão para a prática da desobediência civil. Rawls reconhece que pode haver uma situação na qual diversas minorias tenham, comprovada e evidentemente, razão para a prática da desobediência civil. Isso pode gerar, no seio desta sociedade quase justa, uma grave desordem, e esta poderia minar a eficácia da constituição justa. Assim, a solução ideal, no entender de Rawls é um acordo de cooperação política entre as minorias, o qual objetiva regular o nível total, nessa sociedade, de desarmonia, sob pena de, se assim não for feito, gerar-se um dano permanente na constituição conforme a qual tais cidadãos têm um dever natural de justiça. Conclusivamente, Rawls aduz, portanto, que

[...] pode-se imaginar que deve haver muitos grupos com argumentos igualmente convincentes [...] para a adoção da desobediência civil; mas que, se todos agissem assim, aconteceria uma grave desordem, que bem poderia solapar a eficácia da constituição justa. Suponho aqui a existência de um limite dentro do qual a desobediência civil pode ser praticada sem causar um colapso em relação à lei e à constituição, desencadeando com isso consequências negativas para todos.³⁶⁸

O autor considera ainda, à luz dessas três condições, se é sensato e prudente exercer o direito à desobediência civil tendo em vista que, num estado de quase justiça, é improvável que se reprima a dissensão legítima de modo vindicativo, mas é importante que a ação seja concebida de forma adequada para exercer um apelo efetivo sobre a comunidade mais ampla. Conforme Felipe precisa, conclusivamente, se houver algum desvio no emprego dos princípios de justiça, uma vez que estejam esgotados todos os recursos procedimentais para chamar a atenção dos governantes e dos representantes políticos para esse desvio, e

[...] se dele resulta uma desigual distribuição de bens entre os sujeitos representativos, contrariando o que reza a Constituição e as práticas constitucionais, resta ao cidadão, ainda o recurso à desobediência civil, isto é, o direito de

³⁶⁸ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 57, 414-5.

deixar de cumprir alguma lei para chamar atenção do governo para a necessidade de intervenção em alguma prática injusta.³⁶⁹

Portanto é, enfatizando essas três condições que Rawls supõe uma situação na qual alguém possa ter o direito de apelar para a desobediência civil. A ponderação do autor, todavia, coloca-se no sentido de saber se é, de fato, no âmbito de uma sociedade bem ordenada, realmente sensato ou prudente exercer o direito de desobediência civil. A importância desta afirmação está, pois, no sentido de que alguém pode estar agindo de acordo com os direitos insensatamente se a conduta serve apenas para provocar a retaliação da maioria.

De fato, num estado de quase justiça, é improvável que se reprima a dissensão legítima de modo vindicativo, mas é importante que a ação seja concebida de forma adequada para exercer um apelo efetivo sobre a comunidade mais ampla. Além disso, importa igualmente saber que, ainda que a dicção de Rawls seja sustentada no dever natural de justiça, por conta da possibilidade de estabelecerem vínculos obrigacionais entre si – sustentados nos termos do princípio da equidade – criam-se entre os indivíduos, inclusive, os desobedientes civis, vínculos de lealdade e fidelidade à medida que vão promovendo a sua causa. Nesse ínterim, Rawls assevera que

Em geral, a associação livre em uma constituição justa gera obrigações, desde que os objetivos do grupo sejam legítimos e suas ordenações equitativas. Isso vale tanto para associações políticas como para outras associações. Essas obrigações têm uma importância enorme e restringem de muitas maneiras o que os indivíduos podem fazer. Mas não se confundem com a obrigação de obedecer a uma constituição justa.³⁷⁰

Com isso, Rawls quer deixar compreendido que, mesmo que a arguição em prol da justificação da desobediência civil seja colocada, como efetivamente o é, nos termos do dever de justiça, os vínculos mais profundos que caracterizam a unidade social da justiça como equidade, como a lealdade e a fidelidade, não desaparecem nem mesmo entre as

³⁶⁹ Cf. FELIPE, *Rawls: uma teoria ético-política da justiça*, 151. In: OLIVEIRA, **Correntes Principais da Ética Contemporânea**.

³⁷⁰ Cf. RAWLS, *TJ*, § 57, 417.

minorias que têm direito de desobediência civil, e que isso, por parte desses grupos, deve ser levado em consideração quando da decisão do direito de desobedecer, posto que, mediante uma tal ação, pode-se comprometer seriamente a cooperação social integralmente. Na verdade, vale dizer, conforme assevera Mejia Quintana, a solução adequada seria uma *aliança político-cooperativa*, pela qual as minorias regulariam o nível total de dissidência³⁷¹, de tal modo a não onerar demasiadamente o sistema de cooperação social e considerando equitativamente o direito que esses grupos minoritários, conjugado aos demais, têm de desobedecer à lei e ao direito. Assim deve ser porque, tanto os membros das minorias que têm direito de desobedecer, quanto aqueles que se beneficiam do sistema, têm obrigação políticas, mas não no mesmo nível: como visto na discussão do dever de *fair play*, presente no *princípio da equidade*, quem se beneficia mais, ou ocupa cargos políticos, de tal modo a obter mais vantagens, está mais comprometido com o sistema de cooperação social e, portanto, mediante vínculos políticos, mais obrigado politicamente.

3.4. PAPEL DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Por fim, Rawls esclarece o papel da desobediência civil no âmbito de um sistema constitucional e mostra sua ligação com o governo democrático, supondo que a sociedade em questão é, como vinha fazendo, quase justa e que os princípios da justiça são, em sua maior parte, reconhecidos como termos básicos da cooperação voluntária entre pessoas livres e iguais, com um senso de justiça e uma concepção de bem.

O que Rawls pretende é deixar claro que, pela prática da desobediência civil, um cidadão apela ao senso de justiça da maioria com o intuito de tornar público, no tocante à pessoa, que as condições de cooperação livre estão sendo violadas. Ilustrando os vínculos de solidariedade, lealdade e fidelidade, segundo o referido autor,

estamos apelando para os outros afim de que reconsiderem, se coloquem em nosso lugar e reconheçam que não podem esperar que aceitemos indefinidamente os termos que eles nos propõem.³⁷²

³⁷¹ Cf. MEJIA QUITANA, *op. cit.*, 214.

³⁷² Cf. RAWLS, *TJ*, § 59, 424.

Disso, tem-se que, numa sociedade bem ordenada, na qual as instituições são injustas, apesar de imperfeitas, os cidadãos quando são lesados comprovadamente, a partir das condições anteriormente especificadas, não precisam obedecer às leis que lhes ferem porque, segundo Rawls, a desobediência civil é um recurso estabilizador de um sistema constitucional, embora, como afirma, seja por definição ilegal. Ela é, portanto, uma salvaguarda da legitimidade das expectativas legítimas dos indivíduos frente à legalidade latente ao estado de direito, num contexto de cooperação social entre pessoas livres e iguais.

Do exposto, deriva a aceção de que a desobediência civil, com a devida moderação e o critério justo, auxilia a manter e a reforçar as instituições justas visto que, restituindo à injustiça dentro dos limites da fidelidade à lei, ela serve para prevenir desvios da rota da justiça e para corrigi-los quando acontecem: se por um lado, de acordo com o dever de justiça, os indivíduos devem obedecer a leis injustas, quando essas se lhes exigirem, é, também, de acordo com esse mesmo dever que, em nome da justiça, eles desobedecem a leis injustas quando cumprirem as condições de legitimidade e sendo a injustiça num grau tão elevado que não se esperaria outra coisa que a própria desobediência, de tal modo que “[...] *os que são prejudicados por uma grave injustiça não precisam obedecer.*”³⁷³ A esse propósito, Rawls se posiciona do seguinte modo:

De fato, a desobediência civil (e também a objeção de consciência) é um dos recursos estabilizadores de um sistema constitucional, embora por definição seja ilegal. Ao lado de certos fatos, tais como as eleições livres e regulares e um sistema judiciário independente com poderes de interpretar a constituição (não necessariamente escrita), a desobediência civil, usada com a devida moderação e o critério justo, ajuda a manter e a reforçar as instituições justas. Resistindo à injustiça dentro dos limites da fidelidade à lei, ela serve para prevenir desvios da rota da justiça e para corrigi-los quando acontecem. Uma disposição geral de praticar a desobediência civil justificada traz estabilidade para a sociedade que é bem ordenada ou quase justa.³⁷⁴

³⁷³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 424.

³⁷⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 424-5.

Apesar de considerá-la como um recurso estabilizador, Rawls argumenta ainda que ela deva ser percebida do ponto de vista da justiça como equidade, via pela qual é possível dividir dois problemas, quais sejam: i) tendo escolhido os princípios para os indivíduos, as partes precisam estabelecer critérios que avaliem a força dos deveres e das obrigações naturais e, de modo particular, a força do dever de obedecer a uma constituição justa e a um de seus procedimentos básicos, a saber, a regra da maioria; ii) encontrar princípios razoáveis para lidar com situações injustas, ou circunstâncias que a obediência a princípios justos apenas é parcial.

Rawls não titubeia e, com o premente desejo de haurir aprovação da desobediência civil, na teoria não ideal, afirma que as partes, à luz dos pressupostos que caracterizam uma sociedade bem ordenada, justa ou quase justa, e tendo elas aceitados tais pressupostos, é certo que também aceitariam as determinações de quando a desobediência estaria justificada, de tal sorte a que, quando esses critérios fossem respeitados, indicando num caso específico o peso do dever natural de justiça, a dissensão seria perfeitamente factível. Além disso, as partes tenderiam, do mesmo modo, “*a implementação da justiça na sociedade mediante o reforço da auto estima dos cidadãos bem como do respeito mútuo de uns pelos outros.*”³⁷⁵

De fato, como supõe Rawls, a doutrina contratualista enfatiza que os princípios da justiça são princípios de cooperação voluntária entre iguais, via pela qual negar a justiça aos outros indivíduos significa recusar-se a reconhecê-lo como igual³⁷⁶ ou a manifestar uma disposição no sentido de explorar as contingências da fortuna e das casualidades naturais em nosso próprio benefício. Para Rawls, casos de injustiça como esses indicam ou a submissão ou a resistência. Disso:

A submissão gera o desprezo daqueles que cometem a injustiça e confirma sua intenção, ao passo que a resistência rompe os vínculos com a comunidade. Se, depois de um tempo razoável para permitir os apelos políticos cabíveis, nas formas normais, os cidadãos, ao constatarem infrações com as liberdades básicas, expressassem a sua dissensão através da desobediência civil,

³⁷⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 425.

³⁷⁶ Rawls tem a noção de que reconhecer alguém como igual traduz-se em afirmar que este é alguém em relação a quem se está disposto a restringir as próprias ações de acordo com princípios que seriam escolhidos por todos numa situação de igualdade que é equitativa. Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 425.

essas liberdades ficariam, ao que parece, mais ou menos garantidas. Por essas razões, então, as partes adotariam as condições que definem a desobediência civil justificada como uma forma de criar, dentro dos limites da fidelidade à lei, um último recurso para manter a estabilidade de uma constituição justa. Embora essa modalidade de ação seja, rigorosamente falando, contrária à lei, ela é contudo um modo moralmente correto de manter um regime constitucional.³⁷⁷

No marco dessas observações, a teoria constitucional da desobediência civil, preterida por Rawls, repousa exclusivamente sobre uma concepção de justiça, definida nos termos dos princípios da justiça como equidade, sendo mesmo aspectos, como os da publicidade e não violência, explicados com base nesta caracterização.³⁷⁸ Portanto, repousando a teoria da desobediência civil unicamente sobre uma concepção de justiça, o que caracteriza uma sociedade democrática, não incorrendo nela princípios religiosos ou demais convicções morais ou filosóficas, o autor a entende como parte da teoria do governo livre.³⁷⁹

³⁷⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 425-6.

³⁷⁸ Com isso, Rawls quer dizer que apenas princípios políticos podem ser invocados nessa seara, dela não participando, como enfatiza, princípios religiosos ou mesmo convicções filosóficas ou morais, como encontrada no movimento pacifista. Antes disso, Rawls supõe que a desobediência civil, como forma de ação política, “*pode ser entendida como um modo de recorrer ao senso de justiça da comunidade, uma invocação dos princípios reconhecidos da cooperação entre iguais. Sendo um apelo à base moral da vida cívica, é um ato político e não religioso. Apoiar-se em princípios de justiça ditados pelo senso comum, cuja obediência pode ser mutuamente exigida entre os homens, e não em afirmações religiosas de fé e amor, para as quais eles não podem pedir a aceitação de todos. Não quero dizer, naturalmente, que as concepções não políticas não tenham validade. [...] Todavia, não são esses princípios, mas sim os princípios da justiça, os termos básicos da cooperação social entre as pessoas livres e iguais, que fundamentam a constituição. A desobediência civil como foi definida não exige fundamentação sectária, mas decorre da concepção pública da justiça que caracteriza a sociedade democrática. Entendida assim, a teoria da desobediência civil faz parte da teoria do governo livre.*” Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 426-7.

³⁷⁹ Seguindo a J. H. Franklin, ed., *Constitutionalism and Resistance in the Sixteenth Century* (New York, Pegasus, 1969), e, dada a importância para a pesquisa, vale apenas fazer uma incursão em torno de um esclarecimento que Rawls faz a respeito do constitucionalismo. Segundo o autor, existe uma diferença substancial entre o constitucionalismo medieval daquele constitucionalismo moderno, matizada no fato de que, naquele, a supremacia da lei não era garantida por controles institucionais estabelecidos. Uma vez que fosse assim, o controle sobre o governante que em suas sentenças e leis contrariava o senso de justiça da comunidade restringia-se, essencialmente, ao direito de resistência da sociedade em seu todo ou em parte. De certo modo, embora Rawls não fale isso, essa resistência é teorizada com propriedade por Santo Tomás. Todavia Rawls afirma que até mesmo esse direito parece não ter sido interpretado como um ato de coletividade do mesmo modo que, um rei injusto, era

Ademais, a teoria da desobediência procura complementar a concepção puramente legal da democracia constitucional, tal qual a formulada pela letra de Kelsen, o que proporciona entrever o conflito entre legitimidade e legalidade. Segundo Rawls, ela tenta formular os fundamentos com base nos quais se pode discordar da autoridade democrática legítima de maneira que, embora sabidamente contrárias à lei, expressam uma fidelidade a essa mesma lei e um recurso aos princípios políticos fundamentais de um regime democrático. Desse modo, às formas legais de constitucionalismo podemos adicionar certos modos de protesto ilegal que não violam os objetivos de uma constituição democrática, em vista dos princípios que norteiam esse tipo de dissensão.³⁸⁰

No entanto Rawls alerta que o recurso à desobediência civil, mesmo repousando unicamente sobre uma concepção de justiça que caracteriza a sociedade democrática, e tendo por guia a legitimidade dos princípios que fundamentam a dissensão, acarreta riscos evidentes. Assim, argumenta Rawls, uma das razões de ser das formas constitucionais e de suas interpretações judiciais é a de estabelecer uma interpretação pública da concepção política da justiça e uma explicação da aplicação de seus princípios para as questões sociais.

Quanto a isso, *“até certo ponto, é mais importante que a lei e sua interpretação sejam simplesmente estabelecidas do que o fato de serem estabelecidas corretamente”*³⁸¹, em razão do que pode se objetar que a argumentação a respeito da desobediência civil não determina a quem cabe dizer quando as circunstâncias a justificam. Em face do perigo da anarquia e do abandono da interpretação pública dos princípios políticos, se se instaurar tal forma de pensamento, Rawls assevera que realmente a decisão acerca da ação de desobediência deve ser relegada ao indivíduo mesmo que, os indivíduos busquem orientação e aconselhamento aceitando, por conseguinte, as injunções dos que ocupam os cargos de poder, não se pode eximi-los de responsabilidade: eles são sempre responsáveis por seus atos. Assim,

simplesmente deposto. Desse modo, o constitucionalismo medieval não dispunha de ideias básicas como a noção do povo soberano com autoridade suprema e a institucionalização dessa autoridade por meio de eleições e parlamento, assim como outras formas constitucionais, presentes na teoria do governo constitucional moderno. Nesse contexto, da mesma forma que a concepção moderna de governo institucional se desenvolve a partir da medieval, assim também a teoria da desobediência civil suplementa a concepção puramente legal da democracia constitucional.

³⁸⁰ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 427.

³⁸¹ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 431.

Não podemos nos despojar de nossa responsabilidade e transferir para os outros o ônus da culpa. Isso vale para qualquer teoria das obrigações e deveres políticos que seja compatível com os princípios de uma constituição democrática. O cidadão é autônomo e contudo é considerado responsável por aquilo que faz [...].³⁸²

Nesse contexto, portanto, Rawls externa a convicção de que, tendo em mente os possíveis desvios que uma lei possa ter da concepção pública do justo compartilhada pelos cidadãos numa sociedade bem ordenada, é mais relevante que a lei e suas interpretações sejam estabelecidas do que o fato de serem estabelecidas corretamente. Sendo cada cidadão considerado autônomo e responsável por aquilo que faz, isto é, numa sociedade democrática, sabe-se reconhecer que cada cidadão é responsável por sua interpretação dos princípios da justiça e pela conduta que assume, à luz deles, não decorre disso que a prática da desobediência civil siga meramente os ditames de uma vontade individual descomprometida.

Na verdade, não há nada que afirme que a decisão da prática da desobediência civil seja como aprouver ao indivíduo, posto que para agir efetivamente de modo autônomo e responsável, ele deva observar os princípios que embasam e orientam a interpretação da constituição, vendo como esses princípios deveriam ser aplicados concretamente. Assim posto,

não é olhando para os nossos interesses pessoais, ou para as lealdades políticas interpretadas de modo estrito, que devemos tomar as nossas decisões. [...] Se, depois de refletir, chegar à conclusão de que a desobediência civil se justifica, e se agir de acordo com ela, então o seu ato será consciente. E embora possa estar equivocado, não terá agindo de forma interesseira. A teoria da obrigação e do dever políticos nos ensina a fazer essas distinções.³⁸³

Novamente havendo, portanto, a comprovada necessidade e a justificação dessa, tem-se a desobediência civil. Numa perspectiva de obediência ao direito, admite-se que essa dissensão usa-se de meios ilegais para, contudo, redirecionar o direito à legitimidade da ordem

³⁸² Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 431.

³⁸³ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 431.

política. Assim, quando as circunstâncias colocarem-se, a prática da desobediência civil será consciente e sustentada no dever natural de justiça, marco fundamental da obediência ao direito e, destarte, de acordo com a teoria da desobediência civil. O ato de desobedecer ao direito é voltado ao propósito maior, não apenas pessoal, mas social de fazer valer, mediante as instituições, os princípios da justiça, estabelecidos de acordo com a concepção pública de justiça.

Numa sociedade democrática, cada indivíduo é responsável por sua interpretação dos princípios da justiça e pela conduta que assume sob esse aspecto. Nesse sentido, Rawls sustenta que não pode haver nenhuma interpretação legal ou socialmente aprovada desses princípios que moralmente os indivíduos tenham que aceitar sempre, nem mesmo quando a interpretação é da corte suprema de justiça ou do legislativo. Ora, é de se supor que, de acordo com o constitucionalismo democrático, tal qual Rawls expressa, cada função constitucional, a saber, legislativo, executivo e judiciário, apresenta a sua interpretação da constituição e dos ideais políticos que a informam. Nesse particular, embora o judiciário possa ter a última palavra na solução de qualquer caso específico, não é verdade que ele esteja sempre imune a poderosas influências políticas que podem forçar a revisão de sua interpretação da constituição. Sendo assim, existe, de acordo com os preceitos do estado de direito, a proteção das liberdades como objetivo do direito, em razão do que, pode-se inferir, o judiciário deve apresentar a sua doutrina por meios arrazoados e argumentativos bem como, se quiser perdurar, apresentar sua concepção da constituição de tal modo a persuadir a maior parte dos cidadãos sobre sua solidez.

À mercê dessa ponderação, Rawls estatui que verdadeiramente o tribunal de última instância, no pertinente à desobediência civil e, portanto, na questão da obediência ao direito, não é efetivamente o judiciário, o executivo ou mesmo o legislativo, mas sim o eleitorado como um todo. Portanto, *“quem pratica a desobediência civil recorre por uma via especial a esse corpo.”*³⁸⁴ Mais ainda:

Não há perigo de anarquia desde que haja uma harmonia adequada nas concepções de justiça dos cidadãos e se respeitem as condições do recurso à desobediência civil. Está implícito que no sistema de um governo democrático os homens podem conseguir esse entendimento e honrar esses

³⁸⁴ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 433.

limites quando as liberdades políticas básicas são mantidas.³⁸⁵

Ademais, se a desobediência civil ameaçar a concórdia cívica, a responsabilidade não recai sobre os que protestam, mas sim, sobre aqueles cujo abuso de autoridade e poder justifica essa posição, em virtude exclusivamente de empregar o aparato coercitivo do Estado para manter instituições evidentemente injustas, o que, por si só, uma forma de força ilegítima que abre margem aos homens, no devido tempo, desbaratarem.

O dever de justiça, justificação legítima da obediência ao direito, é, pois, a base sobre a qual se sustenta, numa sociedade bem ordenada, o direito de desobedecer a leis e normas injustas em vista do compromisso cívico maior com a justiça, no plano da legitimidade do direito. Embora seja ilegal, tendo em vista não estar no nível da legalidade, coloca-se com o fim de salvaguardar a legitimidade da ordem política como um todo, resultando, desse modo, num recurso estabilizador das instituições básicas da sociedade.

³⁸⁵ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 59, 433.

CONCLUSÃO

Ao findar esta pesquisa, deve-se dizer que ela procurou menos encontrar os fundamentos exteriores à teoria de Rawls para o ordenamento jurídico e para a justificação moral de sua obediência do que apresentar e analisar os seus fundamentos conceituais, conforme Rawls os expõe em *Uma Teoria da Justiça*. Segundo o manifesto, Rawls parte da consideração de que a justiça é a principal virtude das instituições sociais, assim como é inerente aos sistemas de pensamento a pretensão de serem verdadeiros. Com o propósito de encontrar e justificar os princípios de justiça, que ocupando o papel da justiça, assumiriam a distribuição dos direitos e deveres bem como o ônus e o bônus da cooperação social, Rawls descreve a posição original, em que as partes, racional e moralmente motivadas, escolheriam esses princípios de justiça, núcleo central da concepção da justiça como equidade, que, efetivamente, levariam todos a desenvolverem um senso de justiça correspondente, o qual fortaleceria as bases da cooperação social.

A posição original, então, é vista como um expediente hipotético e a-histórico de deliberação e justificação, em que os princípios de justiça concorrem com outros com o intento de serem escolhidos para formar uma concepção pública de justiça para uma sociedade. Como apresentado, Rawls rejeita o utilitarismo, pois, em prol da maximização do bem estar social, sobrepujaria, inclusive, os direitos e liberdades individuais. Na visão de Rawls, estas estariam fundadas na própria justiça, e não poderiam ser sobrepujadas tendo em vista que isso resultaria numa situação melhor para a sociedade. Ao contrário, o autor sustenta que sua concepção de justiça, mediante seus princípios da justiça, seria capaz de assegurar esses direitos e liberdades de tal sorte a não constituírem eles mesmos, elementos de barganha política.

Partindo-se da ideia de que a estrutura requisitada pelos princípios da justiça para sua satisfação seja uma estrutura jurídica de uma democracia constitucional, procura-se mostrar, inicialmente, que, através da sequência de quatro estágios, tem-se, em primeiro lugar, sob a perspectiva da justiça como equidade, a passagem dos princípios de justiça para a sociedade bem ordenada, deles decorrendo certas instituições fundamentais, entre as quais, a constituição e outros elementos tradicionalmente pertencentes ao constitucionalismo e, em segundo lugar, um procedimento que, no plano ideal, os representantes usam para refletir e imitar a respeito da aplicação dos princípios da

justiça, numa constituição e leis existentes, entre outras, e que, no plano não-ideal, cada cidadão pode, a qualquer tempo, usar para avaliar e julgar a justiça das instituições existentes. Segundo Rawls, esses são os estágios: a posição original; a convenção constituinte; a assembleia legislativa e aplicação das regras a casos particulares pelo executivo e judiciário.

Além disso, procurou-se apresentar o modo como, através da conceitualização da liberdade, Rawls estabelece como liberdades básicas, as quais foram determinadas por meio da sequência de quatro estágios. A liberdade seria um grau extenso de liberdade igual compatível para o maior número de pessoas. Não há, assim, uma liberdade, mas liberdades. A especificação das liberdades definidas pelos princípios de justiça, na ótica da justiça como equidade, são, desse modo, amparadas e protegidas no âmbito de um sistema jurídico, como direitos constitucionais, por meio do estado de direito, o qual se comporta como resultado da aplicação da justiça formal ao sistema jurídico. Nesse contexto, a descrição geral de uma liberdade é definida da seguinte forma: esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo. Ademais, a liberdade é certa estrutura de instituições, certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres. Colocadas nesse contexto, as pessoas têm liberdade para fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições que levam a fazê-la ou a não fazê-la, e quando sua ação ou ausência de ação está protegida contra interferência de outras pessoas.

A reflexão em torno do direito em Rawls faz necessário ter ciência da discussão desenvolvida na primeira metade do século XX concernente à teoria do direito, matizada, por um lado, no positivismo jurídico, vertente que em que se alinha, de certo modo Weber, assim como as figuras mais expressamente representativas como Kelsen e Hart, bem como, na teoria jurídica de Fuller, defensor de um jusnaturalismo processual.

O ordenamento jurídico, como conceitua Rawls, é uma ordem coercitiva de normas públicas cujo objetivo, em primeiro lugar, é regular a conduta de pessoas racionais, ao mesmo tempo em que fomenta a estrutura da cooperação social e, cuja função o vincula à proteção das liberdades básicas individuais, estabelecendo, pois, uma base para expectativas legítimas numa sociedade bem ordenada. Como uma instituição regulada pelos princípios de justiça, Rawls promove, desse modo, o encontro da justiça substantiva, definida pelos princípios

da justiça, os quais assumem o papel da justiça, com a justiça formal, que encerra o princípio da legalidade. Portanto, quando aplicada ao sistema jurídico, a concepção formal de justiça e a administração regular e imparcial das normas comuns transforma-se no Direito, por meio do estado de direito, que, caracteristicamente, por sua extensão, tem o poder de regular outras instituições.

Como se procurou apresentar, o que distingue um sistema jurídico de outros conjuntos de normas públicas endereçadas a pessoas racionais é sua extensão e abrangência assim como seus poderes regulares em relação às associações da sociedade, em virtude do que Rawls admoesta que os

[...] organismos constitucionais definidos por esse sistema geralmente têm o monopólio do direito legal de exercer pelo menos as formas mais extremas de coerção. Os tipos de coação que as associações privadas podem empregar são rigorosamente limitados. Além disso, a ordem jurídica exerce uma autoridade final sobre certos territórios bem definidos. Ela é também marcada pela extensa gama de atividades que regula e pela natureza fundamental dos interesses que se destina a assegurar. Essas características simplesmente refletem o fato de que a lei define a estrutura básica no âmbito da qual se dá o exercício de todas as outras atividades.³⁸⁶

O sistema jurídico tem, então, institucionalmente, o monopólio do direito legal de exercer as formas mais extremas da coação, circunscritas a um determinado território. Além disso, como visto, a ordem jurídica caracteriza-se pela extensa gama de atividades que regulamente e pela natureza fundamental dos interesses que se destina a assegurar. Noutros termos, ela tem o poder de regular as demais instituições sociais haja vista a extensão de atividades que regula correlacionada aos interesses por ela assegurados. A lei, como uma de suas regras, é concebida, pois, como uma diretriz endereçada a pessoas racionais devido a que estabelece e precisa a liberdade para agir. Institucionalmente, suas regras devem satisfazer os princípios de justiça – que assumiram o papel da justiça, como uma concepção de justiça, de tal forma que fornecem uma atribuição de direitos e deveres

³⁸⁶ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 38, 258.

fundamentais, bem como determinam a divisão das vantagens advindas da cooperação social.

Com efeito, a concepção de justiça formal rawlsiana aplica-se diretamente às instituições e não a pessoas – a não ser de modo indireto – e, especialmente nesse caso, às instituições jurídicas, com o objetivo de garantir e assegurar os direitos fundamentais individuais, estabelecidos, definidos e especificados pelos princípios de justiça, mediante o *estado de direito*. O estado de direito é, então, o resultado da aplicação ao sistema jurídico da concepção formal da justiça, que como Rawls o descreve, está intimamente relacionado com a liberdade, visto que esta relação é evidenciada quando se considera a noção de sistema jurídico e de sua íntima conexão com os preceitos que definem a justiça formal. É permissível dizer que, mediante os preceitos do estado de direito, encontra-se a forma do direito em Rawls.

Por objetivar assegurar-se a proteção dos direitos individuais no seio de uma sociedade democrática, Rawls postulou os seguintes preceitos como pertencendo ao *estado de direito*, a saber: i) o preceito de dever implica poder; ii) o preceito de casos semelhantes devem receber tratamentos semelhantes; iii) o preceito de que não há ofensa sem lei; e iv) os princípios da justiça natural. Esses preceitos são válidos como regras e princípios para o sistema jurídico, que, de certo modo, regula as demais instituições da estrutura básica da sociedade. Assim, são diretrizes as quais garantem a legalidade da ordem jurídica.

Constatou-se, igualmente, que Rawls estabeleceu, ao longo de *Uma Teoria da Justiça*, embora sua teoria não se centre sobre essa temática, uma série de considerações sobre a lei e a lei penal. Para o filósofo, as leis podem ser entendidas como diretrizes endereçadas a pessoas racionais para sua orientação, dentro da estrutura básica da sociedade, supondo-se que se trate de uma sociedade bem ordenada, uma vez que essa definição dá-se a partir da teoria ideal. A lei, a qual é decorrente da fase legislativa da sequência de quatro estágios, e que define a estrutura básica da sociedade, deve estar em consonância com as especificações daqueles princípios que as partes, na posição original, deliberaram como sendo os mais adequados para realizar a liberdade e igualdade.

A definição de lei, que é um caso da justiça procedimental imperfeita, assume um viés meramente formal, em razão do qual a norma deve atender ao cumprimento de certos requisitos para ser válida. Uma vez que uma lei ou injunção legal cumpra com esses requisitos, ela tem validade, mesmo que seja uma norma injusta. Quanto à lei penal,

Rawls sustenta que ela deve apoiar os deveres naturais básicos, os quais proíbem molestar outras pessoas em sua vida e em sua integridade física, ou privá-las de sua liberdade e propriedade, e as punições devem servir a esse fim. Sendo assim, a lei penal não é simplesmente um sistema de tributos e ônus, mas um mecanismo para estimular e apoiar os deveres naturais básicos.

Finalizando o primeiro capítulo, tal qual sustentou Dworkin, afirmou-se que a concepção de direito derivada do modelo filosófico apresentado em *Uma Teoria da Justiça*, é mais compreendida, no âmbito do direito, como resultando no interpretativismo, tese esta que se ancora por endossar a coerência, por parte do modo que devem proceder aos juízes ao julgarem diante dos casos difíceis. Ademais, consoante faz Dworkin, através do equilíbrio reflexivo, conduz-se ao modo como se poderia obter um conceito de direito que, quando enfatizado politicamente, repousa sobre o conceito de legalidade ou de estado de direito. Sendo assim, esse método, para a filosofia do direito, é descritivo, porque assentado em algum entendimento anterior, mas é, também, substantivo e normativo, já que busca a obtenção de um equilíbrio com princípios julgados por recurso independente.

A discussão sobre a justificação moral da obediência ao direito foi desenvolvida efetivamente no capítulo II. Inicialmente, resgatou-se a justificação de obediência ao direito no *fair play*, defendido por Rawls em *Legal Obligation and Duty of Fair Play*. Para o autor, em termos simples, socialmente os indivíduos vincular-se-iam uns aos outros, através das mútuas vantagens, de um esquema social, do qual faz parte a ordem jurídica, desde que seja justo, pois, contrariamente, inexistiria obrigação por conta do não cumprimento de uma das cláusulas essenciais do *fair play*. Assim, a justificação da obediência ao direito era visto como uma *obrigação* e não como um dever. Esse argumento, contudo, sofreu alterações e permaneceu no *opus magnum* de Rawls não mais como a justificação moral de obediência ao direito, mas como a justificação das obrigações, contraídas sob o princípio da equidade.

Importa ressaltar que Rawls inicialmente, através do expediente da posição original – e demais elementos que envolvem esse experimento justificacional, como o equilíbrio reflexivo –, em vista da distribuição dos bens primários, conduz a obtenção dos princípios de justiça para as instituições da estrutura básica da sociedade, pois estas espargem os direitos e deveres fundamentais bem como determinam a distribuição dos benefícios oriundos da cooperação social. Contudo, tendo em vista apresentar uma concepção de justiça coerente, Rawls

desenvolve as razões pelas quais as partes, na posição original, escolheriam os princípios para os indivíduos da justiça como equidade. Esses princípios são, pois, os princípios do dever natural e o princípio da equidade. O princípio da equidade, no modelo de Rawls, é a justificação de todas as obrigações, ao passo que, entre os princípios do dever natural, o dever natural de justiça, é colocado como o princípio explicativo do compromisso dos indivíduos com as instituições sociais da estrutura básica da sociedade, de modo amplo e por extensão, com o ordenamento jurídico, sendo assim, o único defendido como válido para todos os indivíduos.

Em *Uma Teoria da Justiça*, o conceito de *dever* é superior ao de *obrigação* e ao de *permissão*, no que se refere à explicação dos vínculos dos indivíduos às normas. A distinção e a supremacia do conceito de *dever* podem ser explicadas ao aferir que os deveres, especialmente os *deveres naturais*, aplicam-se independentemente dos atos voluntários individuais, ou seja, não dependem de nenhum compromisso assumido voluntariamente. Pode-se falar de *deveres naturais* no sentido de que os indivíduos estão submetidos aos mandamentos dos deveres sem a necessidade de que guardem conexão com instituições e práticas sociais de tal sorte que se aplicam às pessoas – pessoas morais, livres e iguais – em geral independentemente do vínculo institucional, apresentando as seguintes características: i) aplicam-se aos indivíduos independentemente de seus atos voluntários; ii) não têm nenhuma relação necessária com instituições ou práticas sociais, pois seu teor não é definido pelas regras dessas instituições; iii) aplicam-se aos indivíduos independentemente de suas relações institucionais, pois vigoram entre todos, considerados como pessoas morais iguais.

As *obrigações*, por sua vez, explicam-se ao cumprirem as seguintes condições: i) surgem como resultados de atos voluntários, expressos ou tácitos; ii) seu conteúdo está especificado por práticas e regras determinadas por instituições; e, iii) são normalmente devidas a indivíduos determinados.

De acordo com Rawls, do ponto de vista da justiça como equidade, o *dever natural* mais importante, entre aqueles que apresentados, e que fundamenta a obediência ao direito, é o *dever natural de justiça* que se explica como o dever de apoiar e promover instituições justas e que caracteristicamente tem dois aspectos, quais sejam: i) o indivíduo deve cumprir a sua parte obedecendo às instituições justas existentes que lhe dizem respeito; ii) o indivíduo deve cooperar para a criação de organizações justas quando elas não existem,

pelo menos quando pode-se fazê-lo sem ônus pessoal. Em vista disso, derivado do dever natural de justiça, expôs-se o duplo problema que surge como o resultado de deveres conflitantes nos termos desses aspectos: o de obedecer a uma lei injusta e o da desobediência civil.

No último capítulo, efetivamente, analisou-se a justificação moral da teoria da desobediência civil de Rawls. A desobediência é o único caso que Rawls realmente analisa da teoria não ideal. Ela pensada para uma sociedade bem ordenada, justa ou quase justa, na qual acontece, todavia, severas violações das liberdades básicas protegidas pelo primeiro princípio. Sendo pensada para uma sociedade democrática, ela é, pois, uma ação pública, não violenta, consciente, política, contrária à lei e geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e nas políticas do governo.³⁸⁷ Uma vez que seja assim, não é diante de qualquer lei injusta que o cidadão pode pensar-se no direito e, no dever, é preciso dizer, de praticar a desobediência civil. Desse ponto de vista, a desobediência civil rawlsiana é rigorosamente exigente, tendo em vista que numa sociedade bem ordenada os elementos estabilizadores promoveriam, numa certa direção, uma correção do sistema. Além disso, dificilmente é possível serem reunidas todas as condicionais da desobediência civil.

Isso, por sua vez, não quer dizer que a prática da desobediência civil jamais se realize, pois quando são reunidas as condições que a possibilite, calcado no dever natural de justiça, o indivíduo não tem apenas o direito, mas o dever de desobedecer. Sendo assim, a desobediência civil revela, ainda que à margem da lei, uma fidelidade à justiça e, portanto, uma disposição e valorização pela sociedade democrática.

³⁸⁷ Cf. RAWLS, *op. cit.*, § 55, 405.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGRA ROMERO, Maria José, *J. Rawls: El Sentido de Justicia en una Sociedad Democrática*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1985.
- BARRY, Brian. *La Teoria Liberal de la Justicia: Examen Crítico de las Principales Doctrinas de Teoria de la Justicia de John Rawls*, Trad. Heriberto Rubio. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- BERLIN, *Dois conceitos de liberdade?*, In: HARDY & HAUSHEER (Orgs.). **Isaiah Berlin: Estudos sobre a Humanidade: uma antologia de ensaios**, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- BIAGGIO, A. M. B. *Kohlberg e a "Comunidade Justa": promovendo o senso ético e a cidadania na escola*. *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, v. 10, n. 1, 1997
- BIAGGS, J. *A Educação e o Desenvolvimento Moral*. In: VARMA & WILLIAMS (Org.) **Piaget, Psicologia e Educação**. Trad. Octávio M. Cajado. São Paulo: Cultrix, 1976.
- BILLIER, Jean-Cassien & MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Trad. Maurício de Andrade. Barueri, SP: Manole, 2005.
- BOTERO, Juan José (Org.) *Con Rawls y Contra Rawls*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Unibiblos, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- DANIELS, Norman. *Reading Rawls: critical studies on Rawls' a theory of justice*. Stanford: Stanford University Press, 1989.
- DUTRA, Delamar José Volpato. *Justiça Processual e Substantiva na Filosofia Prática Contemporânea*. In: BAVARESO, Agemir & HOBUSS, João. (Orgs.). **Filosofia, Justiça e Direito**. Pelotas: EDUCAT, 2005.
- _____. *Manual de Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.
- _____. *A Legalidade como Forma do Estado de Direito*. In: **KRITERION**, Belo Horizonte, n° 109, Jun/2004, p. 57-80.
- _____. DALL'AGNOL, Darlei; BORGES, Maria de Lourdes. *Ética*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Justice in Robes*. Harvard University Press, Cambridge, USA, 2006.

_____. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma Questão de Princípios*. Trad. Luís C. Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FALCÓN Y TELLA, Maria J. *La Obligación Política de Obediencia del Individuo*. In: **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Época), Núm. 115. Enero-Marzo 2002, 99-110.

FELIPE, Sônia T. (Org.). *Justiça como Equidade: fundamentação, interlocuções polêmicas* (Kant, Rawls, Habermas). Florianópolis: Insular, 1998.

_____. *Justiça: Igualdade Equitativa na Distribuição das Liberdades*. In: FELIPE (Org.). **Justiça como Equidade: fundamentação, interlocuções polêmicas** (Kant, Rawls, Habermas). Florianópolis: Insular, 1998.

_____. *Rawls: uma teoria ético-política da justiça*. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de. (Org.) **Correntes Principais da Ética Contemporânea**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

FREEMAN, Samuel. (Ed.) *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge University Press: New York, 2003.

_____. *Rawls*. Taylor & Francis e-Library, 2007.

_____. *Original Position*, In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**: <http://plato.stanford.edu/entries/original-position/>, acessado em 23 de Maio de 2010.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Revised Edition, Chicago: Chicago University Press, 1969.

GOROWITZ, Samuel. *John Rawls – Uma Teoria da Justiça*. In: CRESPIGNY, Anthony de & MINOGUE, Kenneth R. (Orgs.) **Filosofia Política Contemporânea**. Trad. Yvonne Jean. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

GRUESO, D. I. *John Rawls, Legado de un Pensamiento*. Universidad del Valle, Ciudad Universitaria: Meléndez, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 1989.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. *Rawls on liberty and its priority*, 230-52, In: DANIELS, **Reading Rawls**. Nova York: Basic Books, 1975.

- HOFFE, Otrified. *Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Trad. de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1986.
- _____. *À paz perpétua*. Tradução de Marco Antonio de A. Zingano. Porto Alegre: L&PM Editores, 1989. (Série Filosofia Política).
- _____. *Crítica da Razão Pura*. 4ª ed. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1991. 2 v. (Col. Os Pensadores).
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1988.
- _____. *Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KELLY, John M. *Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental*. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. [J. B. Machado: Reine Rechtslehre]. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. [L. C. Borges: General Theory of Law and State]. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KOHLBERG, Laurence. *Essays on Moral Development*. (Vol. 1: The of Moral Development). San Francisco: Harper & Row, 1981.
- KRONMAN, Anthony. *Max Weber*, Trad. John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- KUKATHAS, Chandras & PETTIT, Phillip. *Rawls: “Uma Teoria da Justiça” e seus Críticos*. Trad. Maria Carvalho. Gradiva: Lisboa, 1995.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. 3ª ed. Tradução de Anoar Aiex e Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Col. Os Pensadores).
- _____. *Carta Acerca da Tolerância*. Tradução de Anoar Aiex e Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Col. Os Pensadores).
- LOIS, Cecília Caballero. *Uma Teoria da Constituição: justiça, liberdade e democracia em John Rawls*. Florianópolis, 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.
- _____. & NETO, Daniel de Lena M.. *O Constitucionalismo de Rawls: Elementos para sua Configuração*, In: **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.48, p.203-218, 2008.
- LOPES, *Prefácio: Justiça e Direito*, 13, In: JESUS, Carlos F. R.. **John Rawls – A Concepção de Ser Humano e a Fundamentação dos Direitos do Homem**. Curitiba: Juruá, 2011.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Trad. Cláudia S. Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MANDLE, John. *Rawls's A Theory of Justice – An Introduction*, Cambridge University Press, New York, 2209.

MEJIA QUINTANA, Oscar. **La Justificación Constitucional de la Desobediencia Civil**. *En publicación: Revista de Estudios Sociales*, no. 14. CESO, Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia: Colombia. Febrero. 2003 0123-885X.

_____. *La Problemática Iusfilosófica de la Obediencia al Derecho y la Justificación Constitucional de la desobediencia Civil*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

_____. *La Filosofía Política de John Rawls [I]: La Teoría de la Justicia*. In: BOTERO (Org.) **Con Rawls y Contra Rawls**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Unibiblos, 2005.

MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo – Antigo e Moderno*. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1990.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *O Conceito de Constituição no Pensamento de John Rawls*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio M. Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Col. Os Pensadores).

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito – dos Gregos ao Pós-modernismo*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MUÑOS-ALONSO, Alejandro. *Tocqueville y los Riesgos de las Democracias*. In: NOLLA. (Org). **Tocqueville - Libertad, Igualdad, Despotismo**. FAES Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales: Madrid, 2007.

NAVARRO, Emílio Martínez. *Solidaridad Liberal – La Propuesta de John Rawls*, Granada: Editorial Comares, 1999.

NAVARRO, Fernando. *Desobediencia Civil y Sociedad Democrática*, : Ediciones Myrtia, 1999.

NEDEL, José. *A Teoria ético-política de John Rawls – Uma Tentativa de Integração de Liberdade e Igualdade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____. *A Teoria da Justiça de John Rawls – Um Esboço*. In: FILHO, Agassiz A. & BARROS, Vinícios S. C. **Novo Manual de Ciência Política**. Malheiros: São Paulo, 2008.

- OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de, & SOUZA, Draiton Gonzaga de. (Orgs.) *Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- _____. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- _____. *Tractatus Ethico-Politicus*. Porto Alegre: Edipucrs, 1999.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina G. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERES-BERMEJO, Juan Manuel. *Contrato Social y Obediencia al Derecho em Rawls*. Granada: Editorial Comares, 1997.
- PEGORARO, Olinto. *Ética dos Maiores Mestre Através da História*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2006.
- PIAGET, Jean. *O Juízo Moral na Criança*. São Paulo: Summus: 1994. (orig. 1932)
- PINZANI, *Habermas leitor de Kohlberg*. In: **Revista Mente-Cérebro & Filosofia**, n. 8.
- QUIRINO, C. G. *Tocqueville: Sobre a Liberdade e a Igualdade*. In: Weffort, Francisco F. C. (org.) **Os Clássicos da Política** (vol. 2). São Paulo, Ática.
- RABENHORT, Eduardo R. *Dever e Obrigação*. In: FELIPE (Org.). **Justiça como Equidade: fundamentação, interlocuções polêmicas** (Kant, Rawls, Habermas). Florianópolis: Insular, 1998.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition, Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- _____. *Collected Papers*. (Org. Samuel Freeman) Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.
- _____. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Justiça e Democracia*. Trad. Irene A. Panternot. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O Direito dos Povos*. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*. In: FREEMAN, Samuel. (ed.), **Collected Papers**. Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- _____. *Obrigação Jurídica e Dever de Agir com Equidade (Fair Play)*. Trad. Bras. Wladimir B. In: Estudos Jurídicos, **40**(1): 44-49 janeiro-junho, 2007.
- _____. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

- _____. *Lectures on the History of Political Philosophy*. (Org. Samuel Freeman), Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2007.
- _____. *Lecciones de Historia de la Filosofía Política*. (Org. Samuel Freeman) Barcelona: Paidós, 2009.
- _____. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- REPOLÊS, Maria Fernanda S. *Habermas e a Desobediência Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ROUANET, Luiz Paulo. *Rawls e o Enigma da Justiça*. São Paulo: Unimarco Editora, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Lourdes Santos Machado, 4ª ed. vol. II, São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Col. Os Pensadores).
- _____. *O Contrato Social*. Trad. Lourdes Santos Machado, 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Col. Os Pensadores).
- SILVA, Sydnei. *Formação Moral em Rawls*. Alínea: São Paulo, 2003.
- SIMMONS, A. J. & WELLMAN, C. H. *Is There a Duty to Obey the Law?*, For & Against, Cambridge: England, 2005.
- SOLUM, Lawrence. *Legal Theory Lexicon: The Rule of Law*, In: [http://www.uslaw.com/library/Academic/Legal Theory Lexicon Rule Law.php?item=919063](http://www.uslaw.com/library/Academic/Legal%20Theory%20Lexicon%20Rule%20Law.php?item=919063), acessado em 14/07/11.
- TOCQUEVILLE, A. *Democracia na América*. 2ª ed. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia: São Paulo, Editora da USP, 1977.
- Van PARIJS, Philippe. *O que é uma Sociedade Justa?* – Introdução à prática da filosofia política. Trad. Cintia Ávila de Carvalho. São Paulo: Ática, 1997.
- VOICE, Paul, *Rawls Explained*. Chicago: Open Court, 2011.
- WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. II. Brasília, DF: UnB, 1999.
- WEBER, Tadeu. *Ética, Direitos Fundamentais e Obediência à Constituição*, In: VERITAS, Porto Alegre, v. 51 n. 1, 96-111. Março 2006.