

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

CRISTHIAN DENARDI DE BRITTO

O BOM E O JUSTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:
A INFLUÊNCIA LIBERAL IGUALITÁRIA NA PREFIGURAÇÃO
DO ESTADO BRASILEIRO

CURITIBA

2011

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

CRISTHIAN DENARDI DE BRITTO

O BOM E O JUSTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988:
A INFLUÊNCIA LIBERAL IGUALITÁRIA NA PREFIGURAÇÃO
DO ESTADO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Eneida Desiree Salgado

Co-orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

CURITIBA

2011

B862

Britto, Cristhian Denardi de.

O bom e o justo na Constituição de 1988: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro/ Cristhian Denardi de Britto. – Curitiba UniBrasil, 2011.

279p.; 29cm.

Orientadora: Eneida Desiree Salgado.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Teorias da justiça – Constituição Federal – Direitos fundamentais. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

Bibliotecária Responsável: Elizabeth Capriglioni CRB-9/330

TERMO DE APROVAÇÃO

CRISTHIAN DENARDI DE BRITTO

O BOM E O JUSTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A INFLUÊNCIA LIBERAL IGUALITÁRIA NA PREFIGURAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

Prof^a. Dr^a. Eneida Desiree Salgado
Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil

Co-Orientador:

Prof. Dr. Emerson Gabardo
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Membros:

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof^a. Dr^a. Vanice Regina Lírio do Valle
Universidade Estácio de Sá – UNESA

Curitiba, 18 de março de 2011.

*Uma firme vontade e a fé em ti mesmo,
guiadas pela razão e o amor à justiça,
te levarão ao fim que queres alcançar,
e te preservarão dos perigos do caminho.*
(Souza Carneiro)

*E há tempos nem os santos
Têm ao certo a medida da maldade
E há tempos são os jovens que adoecem
E há tempos o encanto está ausente
E há ferrugem nos sorrisos
E só o acaso estende os braços
A quem procura abrigo e proteção
Meu amor!
(Renato Russo)*

*A meus pais, João Carlos (in memoriam) e Salete Claire,
e meus irmãos, Guilherme e Camila;
e a minha esposa, Danielle,
e meus filhos, Valentina e João Heitor;
pelo (precioso) tempo que passamos juntos.*

AGRADECIMENTOS

Nenhuma empreitada de razoável envergadura pode ser levada a bom termo sem o contributo de terceiros. Ao longo do curso de mestrado, sobretudo no período dedicado a escrever a dissertação, me tornei devedor de muitas pessoas, e em boa parte o que consegui fazer em termos de dissertação, e mesmo de aproveitamento das disciplinas do curso, deveu-se à maior ou menor (mas sempre preciosa) contribuição ou compreensão que recebi delas.

Seria tremenda injustiça deixar transcorrer a oportunidade sem registrar aqui – ignorando qualquer “relação de prioridade” entre todos aqueles que de algum modo me ajudaram – algumas palavras de gratidão.

Agradeço a meus orientadores, os professores Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado. O zelo minucioso com que conduziram os trabalhos de orientação, com devolutivas sempre rápidas e rigorosas críticas acompanhadas de forte respaldo teórico, e mesmo os “puxões de orelha” que me deram em um ou outro momento de desprendimento, fizeram com que eu me esforçasse em dar sempre o melhor de mim, de maneira a pelo menos tentar corresponder à altura. Da parte do professor Emerson, a sugestão de que eu cursasse, na Universidade Federal do Paraná-UFPR, a disciplina de Teoria Geral do Direito Constitucional, sob o ministério do professor Clèmerson Merlin Clève, foi de uma importância definitiva para a escolha do tema. Aliás, me sinto profundamente devedor para com o professor Clèmerson, por ter me situado melhor nas discussões sobre o bom e justo. Antes disso, o professor Marco Aurélio Marrafon tinha feito as honras de me apresentar formalmente à Filosofia, com a qual eu até então não tivera contato: a ele também minha gratidão.

Ao professor Valter Fernandes da Cunha Filho, agradeço pela aceitação em compor a banca de qualificação e pelas valiosas observações feitas na ocasião – todas posteriormente acolhidas.

Agradeço ao colega de turma e conterrâneo de meu torrão natal (Guarapuava/PR), Helton Kramer Lustoza, pela amizade que criamos, dividindo receios e agonias na esperança de fazer um bom trabalho.

De maneira especial, agradeço ao doutor Erlon Fernando Ceni de Oliveira, titular do escritório Oliveira & Casagrande Advogados, onde atuo como advogado, que me deu apoio e foi extremamente compreensivo com minha ausência quando “o bicho pegou”; e também aos demais colegas Dalci Duarte Roveda Junior, Fernanda Luiza Longhi, Hélder Cardozo Costa e especialmente Juliane Cardozo Lora, por terem sido extremamente companheiros na distribuição e cumprimento dos prazos. Ao Hélder e à Juliane agradeço ainda o auxílio na tradução de alguns textos em inglês (*The comunitariam critique of liberalism*, de Michael Walzer, e *The privatization of good*, de Alasdair MacIntyre). Não posso deixar de agradecer também ao importante suporte que deram as funcionárias Sônia Leite Gimenez, Franciane Pereira e Simone Schuta.

Ainda no escritório – mas “com um pé” fora dele –, agradeço a doutor Adair Casagrande, que, juntamente com Gilson Cattani (da Cattani Sul Ltda.), a quem também agradeço, me deram “a” força quando tiver que viajar por ano meio, em praticamente todas as semanas, de Pato Branco a Curitiba, para assistir aulas, me reunir com os orientadores, etc., etc., etc.

Sou grato ainda ao doutor Udenir Sgarbi, Juiz de Direito supervisor do Juizado Especial da Comarca de Pato Branco/PR, onde funciono como juiz leigo, e ao doutor Luiz Antonio Corona, presidente do Conselho Subseccional da Ordem dos Advogados do Brasil de Pato Branco, onde funciono como secretário-geral, pela compreensão da minha “situação de mestrando”, que deixava pouco ou quase nada de tempo para me dedicar aos meus compromissos para com eles e para com as respectivas instituições pelas quais são responsáveis, mormente no período de escrita.

Não posso deixar de registrar um especial agradecimento à “família FADEP”, onde leciono. Aos professores Flori Antonio Tasca e Ingrid Simon, respectivamente coordenador e coordenadora-adjunta do Curso de Direito da Faculdade de Pato Branco-FADEP, pelo incentivo e apoio na realização do curso de Mestrado. Às professoras da instituição, Fernanda Braghirolli e Cândida Joelma Leopoldino, pelo empréstimo de livros e artigos que me foram de extrema valia. Ao Conselho de Administração Superior-CAS, pelo auxílio capacitação sem o qual, num momento tão complicado da vida (com filhos pequenos, construção, ausência do escritório, juizado

especial, secretaria da OAB, etc.), eu não teria conseguido dar um passo a mais em direção ao conhecimento. Aos bibliotecários da FADEP, especialmente à Rafaela Fantin, pela solicitude incomensurável quando, por mais de uma vez, precisei emprestar livros além do meu limite de volumes ou fora do horário de funcionamento.

Agradeço também ao apoio que recebi de minha (grande) família. Aos meus irmãos, Guilherme e Camila, e especialmente à minha mãe, Salette Claire, que escutavam a choradeira e me confortavam no desespero. A minha sogra, Izabel, e à Eva e às babás Franciele e Francine, que ajudaram a “segurar as pontas” com as crianças (e por tudo o mais). E especialmente a minha esposa Danielle, e meus filhos Valentina e João Heitor: enquanto a Dani me dava força e alento, as crianças torciam por mim sem saber, ou mal sabendo, pelo que torciam... mas torciam. A eles asseguro que os momentos de ausência (ou em que eu estava apenas só de “corpo presente”, com um protetor no ouvido e a cabeça nas nuvens) terão valido a pena, não só para mim como de alguma forma para todos nós.

Agradeço, por fim, àquela voz que me fala ao ouvido – que não sei se vem de mim (a “consciência” ou a intuição) ou de onde vem. Mesmo procurando sempre ser racional no uso de meu arbítrio, custo a acreditar que sou eu quem escolhe, sempre e *solamente*, todos os caminhos a trilhar.

RESUMO

O presente trabalho trata de expor algumas das principais teorias da justiça, relacionando suas diferentes características e as formas pelas quais procuram relacionar o bom e o justo. Analisa também, de uma perspectiva geral, a maneira pela qual as diversas constituições do século XX absorvem estas teorias, articulando direitos fundamentais (como categoria instituidora do justo e dos ideais de bem pessoal) e democracia (enquanto espaço de definição do bem comum), para ao final deter-se especificamente sobre a Constituição da República de 1988, identificando qual teoria da justiça lhe serve de matriz fundamental.

Palavras chave: teorias da justiça; constituição; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present work is to expose some of the main theories of justice, relating their different characteristics and the ways which seek to relate the good and fair. It also examines, from a general perspective, the manner in which the various constitutions of the twentieth century absorb these theories, articulating fundamental rights (such as founding category of the just and the ideals of personal property) and democracy (as a space of defining the common good), the end to hold specifically on the Constitution of 1988, identifying which theory of justice serves as the fundamental matrix.

Keywords: theories of justice, constitution, fundamental rights.

SUMÁRIO

<i>PRÓLOGO</i> – MODERNIDADE, UTILITARISMO E CRISE DA RACIONALIDADE.....	018
<i>PARTE I</i> – O BOM E O JUSTO NA TEORIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA	034
I. A RESPOSTA LIBERAL.....	035
1 IGUALDADE DE BENS SOCIAIS BÁSICOS: A REINTRODUÇÃO DO DEBATE POR JOHN RAWLS.....	036
1.1 As críticas de Rawls ao utilitarismo.....	036
1.2 A justiça como igualdade.....	040
1.3 Liberdade e compensação aos desafortunados.....	048
2 DA IGUALDADE DE BENS SOCIAIS BÁSICOS À IGUALDADE DE RECURSOS: O CONTRIBUTO DE RONALD DWORKIN	051
2.1 As críticas de Dworkin ao utilitarismo e à justiça como equidade	052
2.2 A justiça como igualdade responsável	057
2.3 Dignidade e direitos como “trunfos”	064
3 O BOM E O JUSTO NO LIBERALISMO IGUALITÁRIO: O ESTADO PAUTADO PELA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS	067
II. AS RÉPLICAS COMUNITÁRIAS	071
1 A ÉTICA DAS VIRTUDES DE ALASDAIR MACINTYRE	072
1.1 As críticas anti-iluministas de MacIntyre.....	073
1.2 O bem comum apreendido na narrativa histórica da tradição	080
1.3 Justiça como moral e moral como cultura.....	086
2 AS VÁRIAS ESFERAS DA JUSTIÇA SEGUNDO MICHAEL WALZER.....	088
2.1 As críticas de Walzer	090
2.2 Igualdade complexa e bem comum enquanto valores compartilhados	098
2.3 A justiça como produto da política	102

3 O BOM E O JUSTO NO COMUNITARISMO: O ESTADO PAUTADO PELA SUPREMACIA DO BEM COMUM E DO INTERESSE PÚBLICO	105
III. O REPUBLICANISMO: UM CAPÍTULO À PARTE.....	109
1 O REPUBLICANISMO COMUNITÁRIO	114
1.1 O “eu” conectado e a república autogovernativa de Michael Sandel.....	116
1.2 O ontológico e o político-normativo na república multiculturalista de Charles Taylor	125
1.3 Estrutura do sujeito e construção da esfera pública para definição do bem comum.....	131
2 O REPUBLICANISMO LIBERAL	137
2.1 A liberdade como não-dominação de Philip Pettit	140
2.2 A cidadania radical na democrática pluralista de Chantal Mouffe	145
2.3 As condições da liberdade e da igualdade: pluralismo agonista e democracia contestatória.....	151
3 O BOM E O JUSTO NOS REPUBLICANISMOS: O PAPEL DA EXCELÊNCIA HUMANA E A ÊNFASE NA PARTICIPAÇÃO	156
 <i>PARTE II – O BOM E O JUSTO NA CONSTITUIÇÃO</i>	160
 IV. O BOM E O JUSTO NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA	162
1 CONSTITUCIONALISMO, ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA	163
1.1 O constitucionalismo liberal: da revolução jusnaturalista à manutenção do <i>status quo</i>	164
1.2 O constitucionalismo social e a ampliação democrática	169
1.3 O Estado Constitucional e as sínteses possíveis.....	171
2 O DIREITO E A POLÍTICA, A JUSTIÇA E O BEM.....	174
2.1 Direitos e interesses como categorias fundamentais do individualismo moderno	174

2.2 Valores éticos e os planos da querela entre liberais, republicanos e comunitaristas.....	181
3.3 A tipologia das normas constitucionais e suas dimensões deônticas	188
3 A CONSTITUIÇÃO E SEUS PAPÉIS	190
V. O BOM E O JUSTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A MATRIZ IGUALITÁRIA REPUBLICANO-LIBERAL	201
1 UMA TEORIA FORTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ORIENTADA PELA IDÉIA DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	205
1.1 Dignidade, liberdade e igualdade: a pessoa no centro das preocupações do Estado.....	206
1.2 O conteúdo dos direitos: autonomia, solidariedade e participação.....	211
1.3 O conceito de “direito” (<i>right</i>) e a densidade normativa de seu conteúdo mínimo	223
2 UMA ORGANIZAÇÃO ESTATAL ORIENTADA À GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	229
2.1 A “estrutura básica” da organização estatal e os limites da democracia: entrenchamento, indisponibilidade dos direitos fundamentais e vinculatividade do legislador	230
2.2 Os direitos como fundamento primário das políticas públicas: legalidade e interesse público, participação e discricionariedade.....	241
2.3 Inafastabilidade da jurisdição e a posição da racionalidade judicial	251
3 UMA TEORIA RESTRITA DO BEM COMUM, PLURALISMO MORAL E TOLERÂNCIA	258
<i>CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....</i>	<i>262</i>
<i>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</i>	<i>265</i>

APRESENTAÇÃO

Como o próprio título sugere, a presente pesquisa procura identificar na Constituição de 1988 a teoria político-filosófica que lhe serve de matriz – e como o bom e o justo nela se articulam, ao prefigurarem o Estado brasileiro.

Quanto a este desiderato, duas observações são necessárias. A primeira é a de que não se pretende aqui, haja apenas a influência de uma única teoria político-filosófica; pelo contrário, algumas breves passagens sinalizam a influência parcial de teorias diversas, que não foram, contudo, sobretudo por limitações de tempo, objeto de maior detença. A segunda é a de que, mesmo detendo-se apenas sobre a “teoria matriz”, não houve evidentemente a pretensão de exaurir o tema: seria demasiada pretensão esgotar décadas de discussão por autores da maior nomeada em pouco mais de duzentas páginas de um trabalho como este.

Na verdade, o que motivou a escolha do tema (sobre o qual me detive pela vez primeira em um artigo escrito para a disciplina de Filosofia e Constituição, ministrada pelo professor Marco Aurélio Marrafon, ainda no primeiro trimestre do curso) foi justamente a intenção de travar com ele uma relação de longo prazo, e para isso, era preciso tratar de algo que despertasse algum interesse: a não ser assim, tudo pareceria ser uma grande perda de tempo; um trabalho para “cumprir tabela” e guardar na estante ao final; nada mais.

Ciente do risco de ser superficial, ainda assim quis dar esse primeiro passo. O trabalho foi árduo e o resultado, incerto. Com efeito, são várias – e demasiadamente complexas – as teorias da justiça que se desenvolveram desde que John Rawls reintroduziu as discussões sobre o papel do bom e do justo nas sociedades políticas contemporâneas. Trata-se de um debate centrado na cultura jurídico-política angloamericana, que tem sido gradativamente absorvido pela cultura da Europa continental, mas ao qual o Brasil até agora se acha pouco afeito.

O prólogo expõe o estado da arte da Teoria Política, antes dessa reintrodução, quando o bom e o justo eram definidos segundo o critério da maior utilidade total ou média.

A primeira parte, de ordem expositiva, se concentra em algumas das principais teorias da justiça: apenas naquelas que – com um certo grau de arbitrariedade, é certo – pareceram as principais, tais sejam: o *liberalismo igualitário*, o *comunitarismo* e, num capítulo à parte, o *republicanismo* (tanto numa versão mais próxima ao liberalismo igualitário como numa versão mais próxima ao comunitarismo). Cada uma dessas correntes foi apresentada a partir da ótica de dois de seus principais expoentes, escolhidos também de maneira um tanto arbitrária: no caso do liberalismo igualitário, John Rawls e Ronald Dworkin; no caso do comunitarismo, Alasdair MacIntyre e Michael Walzer; no caso do republicanismo comunitário, Michael Sandel e Charles Taylor; e no caso do republicanismo liberal, Philip Pettit e Chantal Mouffe.

Em cada uma dessas teorias, sempre o primeiro autor parece defender uma teoria mais forte que o segundo: Rawls parece defender um liberalismo mais forte com Dworkin, que já absorve algumas críticas de teorias contrárias (não apenas, mas especialmente do comunitarismo e do republicanismo); MacIntyre parece expor um comunitarismo mais forte do que Walzer, que flerta com o liberalismo; e o republicanismo de viés comunitarista de Sandel se afigura mais forte que o de Taylor tanto quanto o republicanismo de Pettit parece mais próximo do liberalismo que o de Mouffe. A sua vinculação de cada expoente com uma dada teoria foi também bastante difícil e eventualmente pode sujeitar-se a alguma crítica.

A segunda parte, de ordem analítica, contém o cerne do trabalho, de identificação, no texto constitucional, da principal teoria que influi na prefiguração do Estado brasileiro. Claro que não pude fazer uma análise detalhada de cada dispositivo de *per se* – dada a própria extensão da Constituição de 1988. Detive-me naquilo que me pareceu de mais fundamental.

Outras duas dificuldades iniciais ocorreram. A primeira, de que talvez aquelas teorias fossem apenas *pré*-supostas, e que, portanto, não estariam tanto no texto da Constituição, mas mais nos olhos e na mente de quem o lê e o interpreta. A segunda, em certa medida derivada da primeira, de que levar adiante a empreitada implicava num estudo mais profundo (para além dos limites aqui propostos) acerca das teorias sobre interpretação constitucional, relacionando-as com as teorias da justiça.

PRÓLOGO

MODERNIDADE, UTILITARISMO E CRISE DA RACIONALIDADE

A modernidade teve variadas manifestações sociais e culturais (políticas, econômicas, científicas, filosóficas, morais, lingüísticas, artísticas), que se verificaram em diferentes momentos.¹ Obviamente não é o caso de discorrer aqui aprofundada e exaustivamente sobre cada manifestação e seu respectivo momento, mas parece importante pelo menos situar o contexto em que na segunda quadra do século XX se restabelecem as discussões sobre o que é bom e o que é justo (ou sobre a justiça e a felicidade) na filosofia política dita “contemporânea”.

Simbolicamente, passa-se da idade média para a idade moderna em 1453.² Só que quando se fala em modernidade não se tem em vista apenas uma divisão da história: a “modernidade” aqui é tomada não tanto em seu sentido formal, vale dizer, como o simples recorte de um espaço temporal, mas especialmente em consideração a um conteúdo específico, isto é, enquanto movimento (inevitavelmente situado no tempo, isso é certo) que se conduz, contudo, sob o espírito de um princípio, de uma idéia, que orienta a forma de organização da sociedade, a concepção de natureza, de pessoa, suas formas de expressão, etc.³ A modernidade – que tem seu prenúncio com o Renascimento e sua consagração com a Ilustração – é caracterizada por orientar-se sobretudo pelo princípio ou pela idéia de *razão*.⁴

¹ Sobre os vários momentos e as várias manifestações do pensamento moderno, cf.: GUMBRECHT, Hans Ulrich. *Modernização dos Sentidos*. Tradução de Lawrence Flores Pereira. São Paulo: Ed. 34, 1998; DELACAMPAGNE, Christian. *História da Filosofia no Século XX*. Tradução de Lucy Magalhães; consultoria de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995; e ROUANET, Sérgio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

² A tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos é o marco simbólico dessa passagem. Constantinopla era a mais importante rota comercial de especiarias vindas da Ásia (China e Índia), que dali eram distribuídas para o restante da Europa por navegantes venezianos e genoveses. Após a tomada de Constantinopla, os turcos fecharam o Mar Mediterrâneo e com isso interromperam o monopólio comercial italiano, incentivando portugueses e espanhóis a explorarem novos caminhos para as “Índias” – o que foi determinante para o achamento do Brasil.

³ Cf. STEIN, Ernildo. *Epistemologia e Crítica da Modernidade*. 3 ed. Ijuí: Unijuí, 2001, pp. 13-21.

⁴ Com o Renascimento, foram particularmente marcantes: a alteração da visão de “mundo” que se tinha (de uma *perspectiva vertical*, entre homem e Deus, segundo a filosofia neoplatônica e aristotélica, para uma *horizontal*, entre homem, enquanto sujeito de conhecimento, e o mundo que o cerca), em boa parte graças à descoberta de novas terras, com novas fontes de riquezas além mar; a invenção e disseminação da imprensa, que acabou com o monopólio cultural da Igreja; a Reforma, como expressão de racionalidade e início do processo de secularização ideológica (valendo destacar que a tolerância ou liberdade religiosa foi a porta aberta para a

Até um momento imediatamente anterior à modernidade a organização social era tida como derivada da *ordem natural* das coisas, tal como estabelecida pela autoridade sagrada das leis eternas e das tradições. Influenciado pela física de inspiração aristotélica – que supunha um mundo hierarquizado, em que o todo ou a forma tentava sempre aprisionar o que era parte ou matéria, que resistia –, o vínculo que unia indivíduo (animal político) e sua comunidade era, portanto, um vínculo orgânico: o bem comum ou interesse coletivo estava sempre acima do bem individual ou interesse pessoal. A física aristotélica se apresentava como “uma física da constatação”, uma ciência puramente *descritiva* dessa ordem.⁵

Uma das manifestações da modernidade se fez sentir justamente no sentido de *individualizar* o sujeito no âmbito da organização social. Ainda aqui a física teve importância decisiva. Galileo Galilei inaugurou o pensamento analítico com a defesa da idéia de que com abstração mental e esforço de análise mesmo os mais complicados objetos sensíveis poderiam ser tantas vezes decompostos até que se apresentassem de forma simples.⁶ Isso tornou possível que a ciência natural deixasse de ser meramente *descritiva* para se tornar *explicativa*, “capaz de se desenvolver, graças à matemática, por dedução, por interpolação, isto é, imaginando o que não se vê, ou por extrapolação, isto é, desenvolvendo no âmbito da experiência possível o que é dado na experiência efetiva.”⁷ Essa forma de pensar foi desenvolvida e popularizada por René Descartes: disposto a revolucionar o saber, ele suspende a validade de todo conhecimento até então existente, colocando-o sob o crivo da dúvida; mas, por mais que duvide de tudo, ainda resulta algo de indubitável, a saber, *a própria dúvida*. Através de um exercício do pensamento, ele conclui que, para duvidar, não se pode duvidar de que se duvida, pois a dúvida exige sempre a existência de um *sujeito*

conquista das liberdades civis e políticas); sem embargo da concepção de novos métodos de cultivo da terra e de distribuição da propriedade territorial e do desenvolvimento mercantil. Cf. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000, pp. 37/38.

⁵ Cf. CHÂTELET, François. Uma História da Razão: entrevistas com Émile Noël. Prefácio de Jean-Toussaint Desanti; tradução de Lucy Magalhães; revisão de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, pp. 55/56.

⁶ Cf. CHÂTELET, François. Uma História da Razão, p. 60. “Ou seja, sempre é possível transformar esse volume complicado em uma soma de n volumes simples” (Idem).

⁷ CHÂTELET, François. Uma História da Razão, p. 60. “Assim sendo, Galileu pode afirmar que a realidade sensível é inteligível, desde que se façam as análises necessárias e que se aperfeiçoe o instrumento matemático. Nada há que possa escapar à inteligência humana.” (Idem)

pensante, donde a conclusão de que, se “penso, logo existo” (*cogito, ergo sum*).⁸ Descartes partia, antes de tudo, de uma separação radical entre mundo, a *res extensa* (o ser), de um lado, e pensamento, a *res cogitans* (a consciência), de outro. Ele concebia toda pessoa como sendo composta de duas substâncias, sendo uma o *corpo*, integrante do mundo, e a outra a *mente*, no centro da qual se localizava o sujeito individual, constituído por sua capacidade de pensar.⁹ Assim emergiu uma nova concepção de pessoa, vista como sujeito “totalmente centrado, unificado, dotado das capacidades de razão, de consciência e de ação, cujo ‘centro’ consistia em um núcleo interior, que emergia pela primeira vez quando o sujeito nascia e com ele se desenvolvia, ainda que permanecendo essencialmente o mesmo.”¹⁰ A par disso, ele deslocou a *verdade* do mundo, do ser, da “ordem natural das coisas”, para o sujeito, para a consciência, para o pensamento: a partir da dúvida tornava-se possível compreender, por meio de processos racionais (lógico-dedutivos), de conceitos, de abstrações e representações mentais, todo o mundo circundante; dessa forma de produção do conhecimento – que supunha um mundo submetido às leis mecânicas da física e da matemática, em que o todo passa a ser compreendido a partir da organização e funcionamento das partes – derivava a superioridade do conhecimento racional e, com ela, a idéia de que a ciência permitiria ao homem dominar o mundo e alcançar, por meio das tecnologias, o progresso em todas as suas formas.¹¹

As idéias de Descartes fizeram surgir, contudo, um outro movimento que, levando radicalmente a sério suas formulações (de não admitir nada como verdadeiro, enquanto não fosse evidentemente conhecido como verdadeiro depois de ter passado pelo crivo da razão), houve por submeter o próprio cartesianismo e os seus critérios à

⁸ Cf.: LUDWIG, Celso Luiz. Para uma Filosofia da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 53-57; MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008, pp. 27-34; CHÂTELET, François. Uma História da Razão, pp. 61-69.

⁹ Desde aqui se verifica a presença de outras duas características da Modernidade: o *universalismo* e o *individualismo* (ou a autonomia individual). *Todas as pessoas* se apresentam igualmente dotadas de uma capacidade de razão, sendo, destarte, sujeitos de vontade.

¹⁰ HALL, Stuart. A Identidade Cultural na Pós-modernidade. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 7 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, pp. 10-11. “Desde então, esta concepção do sujeito racional, pensante e consciente, tem sido conhecida como o ‘sujeito cartesiano.’” (Ibidem, p. 27). Cf. também MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e Sistema Constitucional, p. 27.

¹¹ Cf.: LUDWIG, Celso. Para uma Filosofia da Libertação, pp. 53-57; MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e Sistema Constitucional, pp. 27-33; CHÂTELET, François. Uma História da Razão, pp. 61-69.

dúvida: o *empirismo*. John Locke esteve na base deste movimento, com a defesa da idéia de que o ser humano nasce sem nenhum conhecimento nato; tudo o que conhece vem da experiência adquirida ao longo da vida, embora mediada pela capacidade reflexiva: a expressão “tabula rasa” foi por ele empregada exatamente para ilustrar a idéia de que a mente é como uma folha em branco em que se vão gravando os conhecimentos *auferidos* – em contraposição ao *inatismo* cartesiano, que supunha que Deus inscrevia em cada homem as sementes da verdade (*semina veritatis*), que eram posteriormente apenas despertadas pela razão.¹² Mas foi David Hume quem retomou essa linha de pensamento para questionar não apenas a razão, senão também a sua pretensão de *universalidade*. Enquanto Descartes entendia que todo conhecimento vinha da razão, Hume sustentou que a causa de um efeito (no caso, o conhecimento) não podia ser a razão propriamente: no seu entender, são chamados de “causas” os antecedentes constantes percebidos no âmbito da experiência humana, sendo que só por hábito tais causas acabam sendo pouco e pouco erigidas à condição de “razões”; mas não são “razões em si mesmas”. E enquanto Descartes se detinha em leis abstratas mais simples e universais (ainda “no contexto da perfeição divina”), Hume fez a defesa de que na natureza há tanto leis simples como leis complexas, mas não leis universais.¹³

Immanuel Kant, com seu *criticismo*, procurou resolver esse impasse. Mais do que questionar os meios de se chegar à verdade – se pelo uso da razão abstrata ou pela experiência – Kant questionou a própria verdade em si. Se existe um dado, qualquer que seja, é mister que esse dado seja sempre e sempre criticado.¹⁴ Para que possa haver conhecimento, é preciso então que o homem seja afetado por algo através de suas faculdades sensórias (etapa passiva), para posteriormente transformá-lo por meio de sua atividade intelectual, recorrendo ao uso de categorias ou princípios gerais do pensamento (etapa ativa), mas sempre colocando permanentemente todo conhecimento

¹² Cf. MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e Sistema Constitucional*, p. 34.

¹³ Cf. CHÂTELET, François. *Uma História da Razão*, pp. 90-92. “O mundo é como é, e devemos tentar torná-lo inteligível com os meios de que dispomos, isto é, com a experiência. Não há *uma ordem* do mundo que corresponda a uma razão superior homogênea e unificada. Há *ordens* do mundo que devemos tentar perceber, compreender. Aliás, é notável que Hume se oriente cada vez mais para uma espécie de física da qualidade sensível e que, rompendo completamente com o problema cartesiano, queira fazer da ciência um simples meio de viver melhor a vida cotidiana.” (Ibidem, p. 93).

¹⁴ “Isso é atitude crítica: se algo é dado, cabe perguntar em que condições esse dado é dado dessa e não de outra maneira.” (CHÂTELET, François. *Uma História da Razão*, p. 94)

empírico sob o crivo da razão crítica. Sobre assinalar a finitude humana, sua proposta epistemológica afastava qualquer possibilidade de um saber empírico absoluto.¹⁵ Kant estava ciente de ter promovido uma verdadeira “revolução copernicana” na filosofia: não mais o intelecto (sujeito) girava em torno da coisa (objeto); a coisa passava a girar em torno do intelecto.¹⁶

Mas não Kant, e sim outro filósofo foi considerado o representante máximo do idealismo alemão. Situando-se na linha direta do idealismo kantiano, Georg Wilhelm Friedrich Hegel procurou resolver de uma maneira diferente a relação entre sujeito (pensamento) e mundo objetivo (ser): para ele, *ser* e *pensamento* são simultâneos. Tudo o que é significado pelo homem é verdadeiro: o ser *é o que é*, e *só é* porque o homem o significa assim, e não de outra forma. No entanto, tudo está em permanente devir: desse vaivém entre o *ser que se apresenta como sendo nada* e *esse nada que quando é apreendido se apresenta como ser resulta que o ser é o devir*.¹⁷ Daí que, como resultado desse movimento dialético, tudo que *é*, é a realização de uma *idéia*, que conduz o sujeito ao conhecimento do mundo das coisas e de si mesmo. Hegel desenvolve esse raciocínio através de uma demonstração abstrata, puramente lógica.¹⁸

À revolução no âmbito *epistemológico* correspondeu, mais ou menos na mesma época, uma revolução na filosofia política.¹⁹ E o primeiro passo fora dado por Niccolò Machiavelli: num momento em que a Itália ainda não unificada padecia com a instabilidade e toda sorte de conflitos internos, situação essa geradora de “sofrimento, infelicidade e crime”, ele concebe a política como ato fundador da unidade e da estabilidade do governo.²⁰ Esse objetivo de estabilidade e unidade da sociedade se alimentava da idéia de que, por meio de escolhas políticas racionais (baseadas no

¹⁵ Cf.: CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas, p. 78; CHÂTELET, François. Uma História da Razão, pp. 95-98; DELACAMPAGNE, Christian. História da Filosofia no Século XX, pp. 15-17; LUDWIG, Celso. Para uma Filosofia da Libertação, pp. 58-63.

¹⁶ Cf. ADÃO, Tiago Lara. A Filosofia Ocidental do Renascimento aos Nossos Dias. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 63.

¹⁷ Cf. CHÂTELET, François. Uma História da Razão, p. 112.

¹⁸ Cf.: ADÃO, Tiago Lara. A Filosofia Ocidental do Renascimento aos Nossos Dias, pp. 64-68; LUDWIG, Celso. Para uma Filosofia da Libertação, pp. 70-75.

¹⁹ Sobre o momento político do pensamento moderno, de maneira ampla, cf. especialmente: GOYARD-FABRE, Simone. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 1-42; CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas, p. 27-114; e CHÂTELET, François. Uma História da Razão, pp. 70-86.

²⁰ Cf. CHÂTELET, François. Uma História da Razão, pp. 72-73.

cálculo estratégico a partir de dados empíricos, corroborado por exemplos históricos), a realidade social pode ser moldada pela vontade humana segundo uma ética própria, independente das tradições morais, das leis da natureza ou dos mandamentos da Igreja.²¹ Em seguida, por Jean Bodin, que sistematizou pela vez primeira a idéia de soberania (*potência soberana*), e muito especialmente por Thomas Hobbes, que a desenvolveu e a fundamentou na vontade dos homens a bem de lhes manter em segurança, trazendo como corolário a definitiva submissão temporal do “poder eclesiástico” ao poder político.²² É visível a concepção mecanicista da realidade social no pensamento hobbesiano, conforme ilustra François Châtelet: “Para ele, o homem é corpo, materialidade caracterizada pela potência (...). O homem é um ser que pode. (...). Quando, diante do problema político que se levanta, Hobbes se interroga sobre a questão da soberania legítima, parte naturalmente do homem, que constitui a sociedade.”²³ Essa concepção mecanicista da realidade social está na base de sua justificação *contratualista* do Estado – assim como em pensadores liberais posteriores.

De par com uma justificação *contratualista* andou uma *jusnaturalista* – presente mesmo em Hobbes (para quem era inaceitável que o soberano exigisse do cidadão que quisesse o mal para si mesmo) e, de maneira mais saliente e talvez mais ingênua, em Locke. Em Locke, mesmo no estado de natureza o homem já possuía direitos, dentre os quais o de se expressar, de sobreviver, de ter propriedade e de

²¹ “*Virtú* é o termo empregado por Maquiavel para indicar um conjunto de qualidades – habilidade de cálculo, sentido de realidade, compreensão das circunstâncias, capacidade de adotar medidas extraordinárias, coragem de desprender-se da moralidade vigente se for necessário, aptidão para se adaptar às diferentes situações – que permite ao homem impor-se ao que é indeterminado e realizar os seus objetivos.” (BARROS, Alberto Ribeiro G. de. O pensamento político no final da Idade Média e no Renascimento. In: MACEDO JUNIOR, Renato Porto (Coord.). Curso de Filosofia Política: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008, p. 239) Sobre o pensamento de Maquiavel e o contexto social em que emerge, cf. especialmente: GOYARD-FABRE, Simone. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno, pp. 14-21 e pp. 55-71; CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas, pp. 37-40; e CHÂTELET, François. Uma História da Razão, pp. 72-74.

²² É importante notar que a idéia de soberania já estava de certa forma presente, ainda que subliminarmente, no pensamento de Maquiavel. É importante notar ainda que Hobbes publica o *Leviatã* (1651) pouco tempo depois de Descartes ter publicado o *Discurso sobre o Método* (1637), lançando as bases da filosofia da consciência e do subjetivismo moderno, sem dúvida influenciando o pensamento hobbesiano. Sobre o pensamento de Bodin e Hobbes, cf.: RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os Clássicos da Política. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. v. 1. 13 ed. São Paulo: Ática, 2003 (Série Fundamentos), pp. 51-77; SOUZA, Maria Eliane de. O Estado absoluto e o poder político em Thomas Hobbes. In: BARBOSA, Waldir (Org.). Estado e Poder Político: do pragmatismo político à idéia de contrato social. Goiânia: UCG, 2005, pp. 93-122. Cf. também: GOYARD-FABRE, Simone. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno, pp. 21-34 e pp. 71-95; CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas, pp. 50-54; e CHÂTELET, François. Uma História da Razão, pp. 74-77.

²³ CHÂTELET, François. Uma História da Razão, p. 78.

trabalhá-la para sua sobrevivência. Para ele o Estado (constituído por uma associação de proprietários) surge justamente pela necessidade de se proteger a propriedade daqueles que a cultivam pelo trabalho; e essa passagem de um estado a outro (do estado de natureza para o estado civil) se dá pelo recurso ao contrato.²⁴

Na confluência da *epistemologia* e da *política*, foi também com Kant que a subjetividade (o individualismo, a autonomia) ganhou maior evidência. Ele não questiona apenas o fundamento da verdade, senão que estende a mesma crítica à moralidade humana, questionando o que fundamenta uma ação moral na vida cotidiana. Qualquer ação fundamentada na vontade de Deus, no prazer, na utilidade, na compaixão, etc., implica em uma justificação externa, heterônoma. A única maneira de fundamentar moralmente uma ação é através de uma vontade livre, autônoma, orientada por uma razão que, de maneira imparcial, ordena ao sujeito: *deves fazer isto*. O sujeito livre, autônomo, é, portanto, aquele que dá leis a si mesmo conforme a razão, sendo capaz (querendo) de escapar de qualquer determinismo.²⁵ Este tipo de enunciado encerra um conteúdo moral universal. “Então” – observa Châtelet – “se é possível enunciar prescrições a respeito da maneira pela qual é preciso comportar-se quando se é um homem, essa moral só pode ser universal. Ela só pode dar prescrições válidas para todos. Do contrário essas prescrições se reduziriam a uma simples casuística, a um simples cálculo.”²⁶ Portanto, ainda num outro sentido Kant promoveu uma “revolução copernicana” na filosofia: ele fez o valor girar em torno da liberdade, quando antes a liberdade girava em torno do valor.²⁷ Ele fez a defesa, assim, de um Estado liberal: para ele, o *Estado* não poderia ocupar-se nem com a salvação das almas (como o faria um *Estado confessional*), nem com a virtude (como o faria um *Estado ético*), nem com o bem-estar ou com a felicidade de seus cidadãos (como o faria um

²⁴ Cf.: CHÂTELET, François. Uma História da Razão, pp. 80-82; CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas, pp. 27-124; LUDWIG, Celso. Para uma Filosofia da Libertação, pp. 87-89.

²⁵ Cf.: ADÃO, Tiago Lara. A Filosofia Ocidental do Renascimento aos Nossos Dias, p. 62; CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas, p. 78; CHÂTELET, François. Uma História da Razão, pp. 100-101.

²⁶ CHÂTELET, François. Uma História da Razão, p. 100. Châtelet continua: “A moral, para poder afirmar-se, deve valer para todos os casos, para todos os homens e em todas as circunstâncias. E Kant vai direto ao ponto. Talvez, diz ele, não haja moral possível, mas, se existe uma, ela deve ser fundada sobre esta prescrição fundamental: ‘Age sempre de tal maneira que possas erigir a máxima de tua ação em lei universal.’” (Idem) Cf. também CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas, p. 78.

²⁷ Cf. ADÃO, Tiago Lara. A Filosofia Ocidental do Renascimento aos Nossos Dias, p. 63.

Estado assistencial ou *eudemonista*), senão que se deveria ater a garantir a liberdade externa, colocando-os em condições de perseguir o seu próprio pensamento, seus fins religiosos, éticos, econômicos e eudemonísticos.²⁸ Essas idéias repercutiram na forma de organização racional da estrutura do Estado soberano, detentor do monopólio da coação física, apresentando, como traço dessa racionalização, a especialização das funções de *criação de normas* com efeitos gerais e abstratos; de *execução de tais normas* através de uma burocracia e de uma força militar permanente, aparelhadas para assegurar a manutenção da ordem interna e externa; e de *solução de conflitos* com caráter de definitividade.²⁹ Dessa maneira, com a Ilustração (Kant foi seu último grande expoente) o indivíduo (o sujeito, a consciência) situa-se definitivamente no centro das preocupações do Estado, reconhecendo-se nele todo fundamento do poder, “o único agente da potência e da autoridade políticas”, capaz de dar leis a si mesmo.³⁰

Posteriormente Hegel fez um contraponto com Kant – que se reproduziu por pelo menos outras duas vezes na contemporaneidade.³¹ Ele viveu num momento em que tudo o que se esperava, tudo porque se lutava até então, estava acontecendo: com a Revolução Francesa, surgira uma nova ordem criada por homens (todos iguais) iluminados pela razão. Hegel identifica então uma racionalidade imanente à própria história. Há identidade entre ser é pensamento, mas essa identidade é resultado de um movimento dialético final, que, no entanto, não termina nunca; está em constante devir, sempre sujeito a um novo começo.³² É preciso, assim, conciliar os opostos, os antagonismos, em cada parte da realidade, a fim de obter uma unidade, uma totalidade absoluta: a verdade, a idéia, é, assim, o absoluto – embora não um absoluto como algo acabado e estático.³³ O estabelecimento do Estado era para a ele a realização final da

²⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2 ed. São Paulo: Mandarin, 2000, pp. 212-213.

²⁹ Cf.: FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa; revisão de Paulo Guimarães do Couto. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 159; e ROUANET, Sérgio Paulo. *As Razões do Iluminismo*, p. 231.

³⁰ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, p. 98.

³¹ Primeiro entre Hans Kelsen (neokantiano) e Carl Schmidt (neohegeliano); depois entre liberais igualitários como John Rawls e Ronald Dworkin (neokantiano) e os comunitaristas ou republicanos comunitários, como Michael Walzer e Charles Taylor (neohegelianos), respectivamente.

³² Cf. LUDWIG, Celso. *Para uma Filosofia da Libertação*, pp. 77-78.

³³ Cf. LUDWIG, Celso. *Para uma Filosofia da Libertação*, pp. 77-78. “Hegel realiza uma missão pedagógica: quer mostrar aos contemporâneos que eles devem, muito paciente e lentamente, repensar a história da cultura desde o que ele diz ser o seu começo, a fim de seguir-lhe o movimento, ver como, progressivamente, as diversas noções se formaram, para chegar no fim do livro, a compreender a que ponto estamos hoje. (...) Para

razão, tornando-se apanágio da sociedade inteira (e não mais apenas dos indivíduos); é o começo de um novo fim; “É o momento em que os homens tomam consciência do fato de que devem realizar a razão e de que o Estado moderno deve advir, estendendo ao planeta inteiro este modelo implantado pela primeira vez por Napoleão Bonaparte.”³⁴

Paralelamente ao desenvolvimento da teoria política desenvolveu-se o capitalismo econômico, donde a associação da política à economia.³⁵ O primeiro passo, ainda na Renascença, havia sido dado com *mercantilismo*: os monarcas absolutistas inicialmente favoreceram os interesses econômicos privados, ensejando ocasião propícia para o florescimento da primeira fase do capitalismo (*capitalismo comercial*); cada governante visava o máximo desenvolvimento econômico de “seu” reino, sendo marcante a adoção de políticas fisiocráticas que denunciavam uma forte ingerência estatal.³⁶ O passo seguinte se deu durante a Ilustração com o desenvolvimento dos fundamentos da *economia clássica* por Adam Smith (e David Ricardo), que partia do suposto de que a riqueza de uma nação era medida pela quantidade de bens que no seu território fossem produzidos e comercializados;³⁷ para

ele, o que os homens são naquele momento, em 1806, é o que a humanidade inteira se tornou. Em suma, nessa idéia é como se o espírito se encontrasse finalmente, em 1806, no escritório de Hegel, redigindo a *Fenomenologia do Espírito*, depois de nascer de maneira muito humilde no burburinho dos mares da Índia, passar pela China, pela Índia, pela Pérsia, pelo Egito, pela Grécia e pelo Santo Império Romano-Germânico.” (CHÂTELET, François. Uma História da Razão, p. 113)

³⁴ CHÂTELET, François. Uma História da Razão, p. 118.

³⁵ “Eis, pois, reunidas duas exigências que se apresentam poderosas no alvorecer da época moderna, numa tentativa de síntese que um dia se revelará aberrante: a imposição, ao mesmo tempo, do absolutismo estatal e da empresa privada. Duas instâncias cuja conflituosidade vinha sendo atenuada por uma série de circunstâncias históricas decisivas, entre elas, antes que qualquer outra, a necessidade de competir militar e economicamente com as demais potências. A primeira exigência pressupunha um Estado autoritário, a segunda uma estrutura comercial tanto mais ousada quanto melhor protegida. Uma e outra estreitamente interdependentes. Poder do Estado para defender o comércio com as armas e com as barreiras alfandegárias; comerciantes enriquecidos com a exportação de produtos acabados, que contribui para a acumulação de metais preciosos importados e mantém, dentro do território nacional, a produção de alimentos.” (BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política I. Tradução de Carmen C. Varriale *et al*; coordenação da tradução de João Ferreira; revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11 ed., 1998, p. 746).

³⁶ A política econômica mercantilista ficou marcada pela busca por metais preciosos (as expedições navais de colonização e exploração do início da Idade Moderna ilustram bem a importância destes bens para as economias nacionais); pelo desenvolvimento da produção (agricultura, mineração e manufatura) e do comércio (trocas); pelo protecionismo alfandegário e pelo esforço em manter uma balança comercial favorável (como forma de proteger o mercado interno e de manter as riquezas no Estado); e pelo estabelecimento de pactos coloniais (com exclusividade dos Estados europeus no comércio com as suas respectivas colônias).

³⁷ “Adam Smith toma como ponto de partida a *divisão do trabalho* e a *troca*. Nessa ótica, a riqueza de uma nação é medida pela massa de bens que são nela produzidos, trocados e capazes de ser exportados. Desse modo, para dar uma avaliação mais precisa, é preciso medir o que forma o *valor de uma mercadoria*. Decerto,

isso, era necessário um sistema racional que proporcionasse a produção e a comercialização de bens.³⁸ O empreendimento capitalista, tanto na esfera pública como na esfera privada, passou a apoiar-se em um sistema de cálculo racional (levado a termo através dos métodos da contabilidade moderna e do estabelecimento de um orçamento), que permitia o controle da rentabilidade, dos gastos e do lucro.³⁹ Tanto a política como a economia foram corroboradas com o impulso dado pelo experimentalismo ao “projeto da modernidade”, que passou a ser executado sob a crença de que somente a razão, a ciência e a tecnologia poderiam organizar o acúmulo de conhecimento gerado por muitas pessoas trabalhando livre e criativamente em busca da emancipação humana e do enriquecimento da vida diária, donde veio derivar a idéia mítica de “progresso”, dantes prenunciada por Descartes.⁴⁰ Ao adquirir mais conhecimentos e ao aperfeiçoar os meios técnicos de produção, o progresso (a “lei da história da humanidade”) incrementaria a geração de riquezas de maneira a proporcionar, destarte, maior felicidade e segurança.⁴¹ O progresso – e, com ele, a segurança e felicidade – passou a ser o objetivo último da política e da economia política. O desenvolvimento do sistema político-econômico foi, portanto, o coroamento do *individualismo* enquanto característica marcante da modernidade.⁴²

pode-se responder que esse valor provém de sua utilidade – de seu *uso*.” (CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *A História das Idéias Políticas*, p. 69)

³⁸ Essa racionalidade pressupõe, dentre outros, “1º, a apropriação de todos os meios materiais (terreno, aparelhos, máquinas, utensílios, etc.) como propriedade livre das empresas de produção privadas e autônomas; 2º, a liberdade do mercado (...); 3º, uma técnica racional que dê margem ao mesmo tempo a uma previsão e a uma mecanização consideráveis, tanto no domínio da produção de bens como no da circulação; 4º, um direito racional claramente avaliável; 5º, a liberdade do trabalho no sentido em que os indivíduos que vendem suas capacidades não o façam somente por obrigação jurídica.” (FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*, p. 127).

³⁹ Cf. FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*, p. 159. Sérgio Paulo Rouanet sintetiza: “A empresa capitalista supõe a existência de força de trabalho formalmente livre e um tipo de organização racional da produção baseado no cálculo contábil e na utilização técnica de conhecimentos científicos. O Estado moderno se organiza com base num sistema tributário centralizado, num poder militar permanente, no monopólio da legislação e da violência e principalmente numa administração burocrática racional” (ROUANET, Sérgio Paulo. *As Razões do Iluminismo*, p. 231).

⁴⁰ Cf.: CAPELLA, Juan Ramón. *Os Cidadãos Servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 24; MARTELLI, Carla Gandini Giani. “Mundo Globalizado: entre o particular e o universal”. *Estudos de Sociologia*, v. 11, n. 20, 2006, p. 156; GABARDO, Emerson. *O pós-moderno príncipe e a busca pela tranquilidade da alma*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 29 *et seq.*

⁴¹ Cf. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *A História das Idéias Políticas*, p. 117.

⁴² Cf. TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre a Ética*. Tradução de Róbson Ramos dos Reis, Aloísio Reudell, Fernando Pio de Almeida Fleck, Ernildo Stein, Joãozinho Beckenkamp, Marianne Kolb, Mario Fleig (Grupo de doutorandos de Filosofia da Universidade do RS). 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 217. Daí a observação de Stuart Hall: “As transformações associadas à modernidade libertaram o indivíduo de seus apoios

É certo que esse individualismo foi criticado pela filosofia do Estado de Hegel.⁴³ De toda forma, é nesse contexto que – não já na Europa continental, mas na Inglaterra e demais Estados de língua inglesa – o *utilitarismo* surge e passa a dominar a filosofia política moderna, sobretudo nas vozes de Jeremy Bentham e, mais tarde, de John Stuart Mill, seus primeiros sistematizadores.⁴⁴ Em rigor, o utilitarismo não se apresenta como uma doutrina uniforme, tendo ao contrário diversas variações que amiúde implicam em soluções diferentes para o mesmo caso. Mas de forma mais geral pode-se compreendê-lo a partir de uma premissa de base, que de resto revela um forte apelo *consequencialista*: a decisão ou ação correta é aquela que visa maximizar o bem-estar individual.

Boa parte da variação entre os vários utilitarismos fica por conta da definição do que venha a ser “bem-estar” ou utilidade. *Grosso modo*, há dois grandes grupos de *teorias utilitárias*. Há um primeiro grupo de teorias utilitaristas que identificam o bem-estar com a obtenção de um estado de consciência: a felicidade, enquanto satisfação de um simples *prazer* (hedonismo);⁴⁵ ou a *felicidade* num sentido mais amplo, enquanto satisfação de outras experiências mentais (eudemonismo). E há ainda um outro grupo de teorias utilitaristas que identificam o bem-estar com a obtenção de um êxito: na

estáveis nas tradições e nas estruturas. Antes se acreditava que essas eram divinamente estabelecidas; não estavam sujeitas, portanto, a mudanças fundamentais. O *status*, a classificação e a posição de uma pessoa na ‘grande cadeia do ser’ – a ordem secular e divina das coisas – predominavam sobre qualquer sentimento de que a pessoa fosse um indivíduo soberano. O nascimento do ‘indivíduo soberano’, entre o Humanismo Renascentista e o Iluminismo do século XVIII, representou uma ruptura importante com o passado.” (HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-modernidade*, p. 25)

⁴³ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, p. 36 *et seq.*

⁴⁴ Nesse mesmo contexto também desponta o *positivismo*, igualmente na voz Bentham. Ronald Dworkin, referindo-se à existência de uma única teoria dominante do direito –, decomposta, contudo, em duas partes (sendo uma o *positivismo jurídico* e a outra o *utilitarismo*) –, anota que é da filosofia de Bentham que derivam uma e outra. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. VIII.

⁴⁵ É o caso do utilitarismo de Jeremy Bentham, que inaugura sua obra central sobre o tema dizendo que a natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores absolutos, a saber, a *dor*, de um lado, e o *prazer*, de outro (Cf. BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 3). É eloqüente a seguinte passagem: “O termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isso, no caso presente, se reduz à mesma coisa, ou (o que novamente equivale à mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal, ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta” (Ibidem, p. 4). Cf.: KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16; e DWORKIN, *Levando os Direitos a Sério*, p. 402.

satisfação de quaisquer desejos ou preferências; ou na satisfação de desejos ou preferências informadas, ponderadas, racionais.⁴⁶

Mas as teorias utilitárias variam principalmente quanto à *abrangência* com que postulam a aplicação do princípio da maior utilidade, bem como quanto à *forma* pela qual atua esse princípio e o *critério* que orienta a maximização. Quanto à abrangência, há teorias que entendem que todas as pessoas, em todos os momentos de sua vida, devem tomar decisões segundo os princípios utilitários (*utilitarismo moral abrangente*), e teorias que limitam esse dever apenas aos órgãos e entidades do Estado, no desempenho de suas funções (*utilitarismo político*).⁴⁷ Quanto à forma pela qual atua o princípio da maior utilidade, há teorias para as quais sempre se deve decidir e agir com base em cálculos que informem diretamente a maior utilidade auferida (*utilitarismo direto*), e teorias para as quais, embora determinadas decisões e ações tragam benefício imediato, a maximização se dá antes pela observação de regras ou hábitos que não são em si, diretamente, utilitários (*utilitarismo indireto*).⁴⁸ Quanto ao critério de maximização, tanto se pode buscar a maximização da soma da utilidade total (*maximax*), como faz o utilitarismo teleológico (utilitarismo clássico), como também se pode buscar dividir da maneira mais igualitária possível essa soma entre os indivíduos, obtendo uma maior utilidade média (*maximédia*), como pretendem algumas versões do utilitarismo igualitário.⁴⁹

Desde o início, o grande sucesso do utilitarismo esteve relacionado em boa parte à racionalidade com a qual opera. Conforme anota Philippe van Parijs, para o utilitarismo as questões fundamentais da filosofia política (*Como queremos nossa sociedade? O que é uma sociedade justa?*) não podem ser respondidas com base em

⁴⁶ Sobre possíveis classificações das teorias utilitaristas, cf.: RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27; PARIJS, Philippe van. O que é uma Sociedade Justa? Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila de Carvalho; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 1997, p. 17 *et seq.*; e KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea, pp. 15-24.

⁴⁷ Cf. KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea, pp. 25/26.

⁴⁸ Cf. KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea, pp. 25/26.

⁴⁹ Segundo Philippe van Parijs, utilitaristas clássicos como Bentham (e também Henry Sidgwick, outro grande nome dessa vertente) operam segundo o critério da maximização da soma total da utilidade líquida, enquanto Mill opera segundo um critério de maximização da utilidade média. Cf. PARIJS, Philippe van. O que é uma Sociedade Justa?, p. 31. Esta diferença entre os dois modelos utilitaristas se deve em boa parte pelo fato de que para Bentham a felicidade possui apenas (e é medida por) uma dimensão quantitativa, enquanto que para Mill ela possui ainda (sendo medida também por) uma dimensão qualitativa. Cf. MILL, John Stuart. O Utilitarismo. Introdução e tradução de Alexandre Braga Massella; revisão de Renata Cordeiro. São Paulo: Iluminuras, 2000, p. 26 *et seq.*

preconceitos, em postulados do direito natural ou em interesses particularistas de grupos: “Para resolvê-las, é preciso apelar para uma análise objetiva, científica, neutra, para as prováveis conseqüências das diferentes opções possíveis, mas com a preocupação de descobrir e escolher a opção que permitiria reduzir tanto quanto possível os sofrimentos e aumentar, ao contrário, o prazer ou, de modo mais amplo, o bem-estar dos membros da sociedade em questão – ou de toda a humanidade.”⁵⁰

Esse é, sem dúvida, um de seus principais atrativos. O outro se relaciona ao caráter *consequencialista* do utilitarismo: o *consequencialismo* requer a verificação de que o ato ou procedimento em questão realmente promova algum bem ou utilidade identificável, evitando arbitrariedades na formulação dos juízos morais.⁵¹

Assim é que o utilitarismo procura maximizar a soma das utilidades individuais, de maneira a alcançar o maior saldo líquido total (utilitarismo teleológico). John Rawls observou mais tarde que as duas principais categorias da ética são o *justo* e o *bem*, e que uma teoria ética é determinada em grande parte pela maneira como as concebe e as relaciona – para concluir que “a maneira mais simples de relacioná-las é a praticada pelas teorias teleológicas: o bem se define independentemente do justo, e então o justo se define como aquilo que maximiza o bem.”⁵² No fim, isso implica na subordinação da justiça ao bem-estar: a justiça de uma decisão ou ação é avaliada apenas em razão de sua conformidade para maximizar a utilidade total ou média.⁵³

Desde então, a racionalidade com que opera e a sua preocupação com o bem-estar dos indivíduos conduzem o utilitarismo ao centro da filosofia e da teoria política no mundo anglo-americano. “As teorias teleológicas têm um profundo apelo intuitivo

⁵⁰ PARIJS, Philippe van. O que é uma Sociedade Justa?, p. 16. No mesmo sentido, Will Kymlicka observa: “Sejamos ou não filhos de Deus, tenhamos ou não uma alma ou um livre-arbítrio, podemos sofrer ou ser felizes, podemos estar em melhor ou pior situação. Não importa quão seculares sejamos, não podemos negar que a felicidade é valiosa, já que é algo que valorizamos na nossa vida.” (KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, pp. 12/13)

⁵¹ Para o consequencialismo algo só é moralmente bom na medida em que torna melhor a vida de alguém, fornecendo um teste para assegurar que as regras a serem seguidas servem para uma função útil. Cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 13.

⁵² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 26. No mesmo sentido KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 13.

⁵³ A razão calculadora do utilitarismo subordina o justo ao bom – algo que a razão moral kantiana, por exemplo, definitivamente rejeita, na medida em que exige uma conduta desinteressada. Cf. CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. *Introdução Geral*. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). *História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil*. Tradução de Alessandro Zur. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 28.

porque parecem incorporar a idéia de racionalidade. É natural pensar que a racionalidade consiste em maximizar algo e que, em questões morais, o que deve ser maximizado é o bem.”⁵⁴ Contudo, em dadas situações, o utilitarismo conduzia a respostas que chocavam a *intuição* de justiça compartilhada por todas – ou, pelo menos, pela imensa maior parte – das pessoas.

Algumas insuficiências do utilitarismo foram notadas pelos próprios utilitaristas. Mill, educado para ser utilitarista nos moldes clássicos, já esboçava uma doutrina utilitarista diferente, que procurava contornar algumas insuficiências e riscos do utilitarismo clássico. Ele notara que um aumento quantitativo da felicidade total poderia implicar na infelicidade do maior número – o que resultaria em injustiça e opressão. Assim, partindo de uma *economia positiva* em direção a uma *economia normativa* – de cunho ético, na medida em que já preocupada com a distribuição do bem-estar –, ele apresenta um tipo de utilitarismo igualitário, que procura maximizar a soma das utilidades individuais, de maneira a alcançar o maior saldo líquido médio de bem estar.⁵⁵

Mas o utilitarismo não sofreu apenas com uma crítica “interna” e “direta”. Sofreu ainda um tipo de crítica “externa” e “direta”, advinda de uma perspectiva (moderna) anti-utilitarista ou anti-individualista. A primeira (anti-utilitarista) com Kant. A racionalidade calculadora baseada na idéia interesse do utilitarismo subordina o justo ao bom, e com isso colide frontalmente com a racionalidade moral kantiana, que definitivamente rejeita a idéia de interesse por exigir exatamente que uma conduta moral seja desinteressada.⁵⁶ A outra (anti-individualista) com Hegel. Embora adotasse os fundamentos da Economia clássica de Smith e Ricardo, fazendo a defesa da propriedade privada e do sistema de produção-distribuição-consumo capitalista (no âmbito do que chamou de “sociedade civil”), Hegel defendia uma política (ou uma racionalidade) da coletividade, em detrimento do indivíduo. Para ele o Direito Político

⁵⁴ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 26.

⁵⁵ Cf.: MILL, John Stuart. Princípios de Economia Política: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Introdução de W. J. Ashley. Apresentação de Raul Ekerman. Tradução de Luiz João Baraúna. v. I. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 260 *et seq.*; MILL, John Stuart. O Utilitarismo, p. 29 *et seq.*; e RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 174.

⁵⁶ Cf. CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel. Introdução Geral. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil. Tradução de Alessandro Zur. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 28.

moderno era paradoxalmente assaltado pelo triunfo daquilo de que tanto se orgulhava a modernidade: “a promoção do indivíduo, o triunfo da subjetividade.”⁵⁷ Mas o indivíduo, esse átomo, era um nada, que não se bastava a si mesmo, não tinha autonomia, e não podia alcançar o momento da totalidade.⁵⁸ A característica do Estado era a soberania, que encarnava a vontade da coletividade.⁵⁹

Em várias passagens da modernidade, os seus princípios operacionais (o universalismo, a autonomia e a racionalidade) estiveram sob contestação – como ocorreu, por exemplo, com a crítica empirista ao racionalismo cartesiano (Locke e especialmente Hume) ou com a crítica anti-individualista (Hegel), se bem que mesmo estes críticos se valessem em suas contestações de uma maneira de pensar inerente à própria modernidade. O utilitarismo foi abalado, assim, com um tipo de crítica, “externa” e “indireta”, por pensadores e escolas de pensamento que puseram em dúvida a própria racionalidade moderna. Ernildo Stein indica três grandes golpes que a razão moderna veio a sofrer por parte de alguns pensadores – nenhum deles propriamente filósofos –, a que ele chama, juntamente com Paul Ricoeur, de “mestres da suspeita”. Primeiro, o *materialismo histórico* de Karl Heinrich Marx, segundo o qual o ser e a realidade social-econômica constroem o Estado (superestrutura política), o Direito (superestrutura jurídica) e a consciência das pessoas (superestrutura ideológica); mas as idéias e escolhas racionais das pessoas seriam na verdade muito pouco racionais, já que não seriam produto da liberdade e da vontade, pois adviriam da ideologia, isto é, de determinadas crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais historicamente inculcadas, e relacionadas à posição social do indivíduo e dependentes das relações de produção e de trabalho. Depois, o niilismo de Friedrich Wilhelm Nietzsche, para quem todas as conclusões a serem “extraídas pela razão” dependeriam de um princípio primeiro a ser adotado, e que ao fim não poderia ser explicado pela própria razão, mas conformaria toda a ordem de conclusões subseqüentes. Por fim, a idéia de inconsciente (*Id*), de Sigismund Schlomo Freud, para o qual as idéias e escolhas racionais (ou mesmo passionais e instintivas) das pessoas seriam produto de

⁵⁷

GOYARD-FABRE, Simone. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno, p. 36.

⁵⁸

Cf. GOYARD-FABRE, Simone. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno, p. 39.

⁵⁹

Cf. CHÂTELET, François. Uma História da Razão, p. 130.

uma instância psíquica que funciona segundo uma lógica própria, que elas não têm como controlar.⁶⁰

Além disso, a experiência totalitária (tida como a recuperação da razão a serviço da dominação) que marcou a Primeira Grande Guerra e, mais indelevelmente, também a Segunda, fomentou críticas à racionalidade moderna pela Escola de Frankfurt (inspirada no marxismo) – tanto quanto o estruturalismo criticou a subjetividade.⁶¹

⁶⁰ Cf. STEIN, Ernildo. Epistemologia e Crítica da Modernidade, p. 57 *et seq.*; CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas, p. 372; CHÂTELET, François. Uma História da Razão, p. .

⁶¹ Cf. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas, pp. 360 e 366-367; ADÃO, Tiago Lara. A Filosofia Ocidental do Renascimento aos Nossos Dias, p. 99 *et seq.*; IORIO, André Luiz. Psicopatologia e pós-estruturalismo: convivendo com novas problemáticas. Revista Mal Estar e Subjetividade, Fortaleza, v. 5, n.2, pp. 361-381, set.2005.

PARTE I

O BOM E O JUSTO NA TEORIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA

No contexto de crise da racionalidade moderna – que senão em cheio, atinge reflexamente o utilitarismo –, pelo menos duas respostas propugnam, cada uma a sua maneira, um resgate da ética e da justiça, articulando de diferentes maneiras a relação entre o bom e o justo.

Uma primeira foi apresentada pelos *liberais igualitários*, que encontram em John Rawls e Ronald Dworkin os seus principais expoentes, e que buscam repensar a relação entre Estado e indivíduos em termos modernos, de recuperação da razão e dos demais valores iluministas (universalidade e individualismo).

Outra emerge da crítica levada a efeito pelos *comunitaristas*, representadas especialmente por Alasdair MacIntyre e por Michael Walzer – e que ou propõem um retorno às tradições pré-modernas (MacIntyre), ou advogam o relativismo de valores enquanto característica de uma pós-modernidade (Walzer).

Além do liberalismo igualitário e do comunitarismo, no último quartel do século XX assiste-se ao resgate de uma outra tradição moderna – o *republicanismo* – ordinariamente associada ao comunitarismo, mas que pode não ser totalmente adversária do liberalismo igualitário. As alternativas republicanas procuram, *grosso modo*, articular racionalmente as decisões e ações do Estado ou em torno da idéia de direitos (liberalismo), ou em torno da idéia de dever relacionado ao alcance de metas coletivas de bem comum (comunitarismo).⁶²

⁶² Ainda uma outra proposta de solução da crise, que se vale do instrumental de pensamento da modernidade, reponta com a crítica deliberativa ou procedimentalista, encontrando nas vozes de Jürgen Habermas e Karl Otto Apel os seus principais expoentes – a qual não será objeto de consideração.

I. A RESPOSTA LIBERAL

Conforme anotam Chandran Kukathas e Philip Pettit, os liberais se dividem em *liberais clássicos* (surgidos em meados do século XVIII e início do século XIX) e em *liberais modernos* (surgidos no final do século XIX). Ambos, obviamente, reconhecem especial importância aos direitos da liberdade, mas enquanto os primeiros atribuem ao Estado apenas a proteção de certos direitos da liberdade, como a autonomia pessoal e a propriedade privada, os segundos afirmam que o Estado também deve se preocupar com assegurar às pessoas melhores condições de vida (moradia, saúde, educação, etc.), ao argumento de que isso tem implicações necessárias com os direitos da liberdade.⁶³

Atualmente, tornou-se corrente em teoria política aludir aos liberais clássicos como *libertários*, e aos liberais modernos como liberais críticos, ou mais amiúde como *liberais igualitários*, ou simplesmente como liberais. Segundo Álvaro de Vita, o liberalismo igualitário tem sido identificado com a teoria normativa que postula que uma sociedade democrática justa é “aquela comprometida com a garantia de direitos básicos iguais e uma parcela equitativa dos recursos sociais escassos – renda, riqueza e oportunidades educacionais e ocupacionais – a todos os seus cidadãos.”⁶⁴ E complementa:

A idéia central desse ideal normativo se apóia em uma divisão moral de trabalho entre a sociedade e seus membros individuais. À sociedade – aos cidadãos como um corpo coletivo – cabe a responsabilidade de dar forma a uma estrutura institucional que propicie aqueles direitos e oportunidades para todos, “sem distinção de qualquer tipo, tais como raça, etnia, sexo ou religião” (para fazer uso da frase que quase invariavelmente aparece nos artigos iniciais das declarações de direitos); aos

⁶³ Cf. KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. Rawls, p. 92.

⁶⁴ VITA, Álvaro de. Liberalismo igualitário e multiculturalismo. Lua Nova, São Paulo, n. 55-56, pp. 5-27, 2002, p. 5. De maneira semelhante, Joshua Cohen designa o liberalismo igualitário como a “família de concepções de justiça que objetivam garantir tanto liberdade, quanto igualdade”. Ele estipula uma visão específica de justiça liberal que abrangia as *liberdades* civis e políticas, bem como três dimensões da *igualdade*: “primeiro, um requerimento de igualdade política substantiva, garantindo que os cidadãos, independente de suas posições políticas, tenham oportunidades iguais de influenciar as decisões coletivas; segundo, um requerimento de igualdade de oportunidades real, condenando desigualdades de oportunidade ligadas a diferenças de origem e trajetória social; e terceiro, uma concepção de bem-estar geral que dê prioridade aos indivíduos em piores condições sociais.” (COHEN, Joshua. Igualitarismo, internacionalização e cidadania. Tradução de Eduardo Cesar Marques; revisão técnica de Zairo B. Cheibub. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 15, n. 44, pp. 161-170, out./2000, p. 162)

cidadãos individualmente, cabe decidir que uso farão em suas vidas desses recursos institucionalmente garantidos.⁶⁵

Dessa maneira, enquanto as teorias liberais mais radicais (o liberalismo clássico e o libertarianismo) dão ênfase apenas na defesa da liberdade, as teorias liberais igualitárias se preocupam também ou predominantemente com a igualdade, no sentido de proporcionar que os direitos inerentes à liberdade sejam fruídos por todos.

1 IGUALDADE DE BENS SOCIAIS BÁSICOS: A REINTRODUÇÃO DO DEBATE POR JOHN RAWLS

Sem dúvida, um dos grandes nomes do liberalismo igualitário é John Rawls, que em 1971 reinaugurou as discussões sobre o papel da justiça no âmbito da filosofia política com a publicação de *Uma Teoria da Justiça*, na qual apresenta sua teoria da “justiça como equidade” (*justice as fairness*).⁶⁶ Embora situado na continuidade da tradição analítica, Rawls dela se afasta na sua forma de concepção da filosofia moral e política: “Ele se recusa a se restringir a um esclarecimento meta-ético da significação dos conceitos morais e do estatuto dos julgamentos morais e, reivindicando Kant, pretende fundar a teoria normativa que propõe sobre as bases ‘contratualistas’ ou ‘construtivistas’ que não reduzem a justificação a uma confrontação com nossos julgamentos morais intuitivos.”⁶⁷

1.1 As críticas de Rawls ao utilitarismo

O principal destinatário das críticas feitas pela teoria da justiça como equidade de Rawls é sem dúvida o utilitarismo.⁶⁸ Conforme anota Will Kymlicka, Rawls

⁶⁵ VITA, Álvaro de. *Liberalismo igualitário e multiculturalismo*, p. 5.

⁶⁶ Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶⁷ PARIJS, Philippe van. O que é uma Sociedade Justa?, pp. 60/61.

⁶⁸ Principal, mas não o único. Rawls critica secundariamente ainda outras duas correntes de pensamento – o *intuicionismo* e o *perfeccionismo* – se bem que não especifique, senão de forma bastante genérica, quais teorias se enquadrariam em uma ou outra destas correntes. Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, pp. 36-44 e pp. 359-367.

percebe – com razão, segundo Kymlicka – que o *utilitarismo* operava até então como um tipo de “pano de fundo tácito”.⁶⁹

Se bem que pretenda apresentar sua teoria como uma alternativa a todas as teorias utilitárias, a crítica de Rawls se dirige com muito mais ênfase a um tipo específico de utilitarismo: o utilitarismo clássico ou teleológico;⁷⁰ isto é, aquele que considera como utilidade ou bem-estar a satisfação de preferências ou desejos racionais (nesse aspecto, parece de fato ser a teoria utilitária mais sofisticada); que aplica seu princípio maximizador à estrutura básica da sociedade política; e para a qual a maior utilidade é resultado final do cálculo de um “saldo máximo de satisfações” (operando, destarte, segundo a lógica do critério *maximax*), não importando, senão *indiretamente*, o modo pelo qual essas satisfações são distribuídas.⁷¹

Para esse tipo de utilitarismo, tanto quanto uma pessoa é livre e racional para ponderar prudentemente o que lhe acarreta bem-estar ou mal-estar, orientando suas decisões e ações com vistas a obter a satisfação do maior bem-estar possível de acordo com o seu próprio sistema de desejos e preferências (princípio da prudência), também à estrutura básica do Estado deve ser aplicado o mesmo princípio: na interpretação de Rawls, “[a] justiça social é o princípio da prudência aplicado a uma concepção

⁶⁹ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 11.

⁷⁰ Rawls tem em mente a doutrina utilitária clássica de Sidgwick e Bentham (sobretudo o primeiro), bem como de economistas utilitaristas como Arthur Cecil Pigou e Francis Ysidro Edgeworth, se bem que faça menção expressa a outros autores clássicos como Mill e Smith (Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 24 *et seq.*, inclusive nota 9 de fim, às pp. 569/670, em que lista vários outros autores utilitaristas clássicos e contemporâneos). Apesar de incluir Hume dentre os autores utilitaristas clássicos, Rawls afirma que o “tipo de utilitarismo” adotado por ele não é, a rigor, utilitarista, mas comunitarista: “(...) tudo o que Hume parece querer dizer com utilidade é o conjunto geral de interesses e necessidades da sociedade. Os princípios da fidelidade e da obediência derivam da utilidade no sentido de que a manutenção da ordem social é impossível se esses princípios não forem geralmente respeitados. (...). Para Hume, portanto, a utilidade parece identificar-se com alguma forma do bem comum; as instituições satisfazem a suas exigências quando cuidam dos interesses de todos, pelo menos a longo prazo” (Ibidem, p. 35). No mesmo sentido, Simone Goyard-Fabre também observa que a filosofia anti-racionalista de Hume encontraria apenas um “eco relativo” no utilitarismo de Bentham, encontrando uma coincidência muito maior com a teoria de Johann Gottfried von Herder, que serviu de inspiração para pensadores contemporâneos associados ao comunitarismo, como Charles Taylor (Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000, pp. 241-174, especialmente pp. 244-245). Diz essa autora: “a consonância dos temas desenvolvidos pelos dois filósofos [Hume e Herder] é representativa de um movimento de idéias que se opõe então ao racionalismo do Iluminismo. O valor atribuído por um povo às crenças, à religião, à língua, às instituições, à tradição, aos costumes, à história, etc., constitui, segundo eles, a originalidade criativa do espírito nacional.” (GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, pp. 368/369)

⁷¹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, pp. 27/28. Rawls também aborda o utilitarismo igualitário (que opera segundo o critério *maximédia*), mas de forma mais tímida: apenas ao confrontar o critério da maior utilidade média com os princípios da justiça como equidade (Ibidem, p. 79 *et seq.*).

somática de bem-estar do grupo.”⁷² Portanto, através de um método de agregação de preferências e desejos dos indivíduos, o legislador, na “posição de observador imparcial”, imbuído de solidariedade, racionalidade e imaginação, efetua o cálculo geral da maior utilidade social possível.⁷³ ele se identifica com os diversos desejos e preferências dos diversos indivíduos dispersos na sociedade; os experimenta como se fossem seus e os avalia, atribuindo-lhes o peso que reputar mais apropriado, organizando ao cabo um sistema total de desejos e preferências razoáveis, que deverá orientar a tomada de decisão no sentido da ação que satisfaça a maior quantidade de bem-estar possível.⁷⁴ Segundo este tipo de utilitarismo, portanto, uma sociedade justa é aquela cuja estrutura básica estatal está organizada de maneira a alcançar “o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma de participações individuais de todos os seus membros.”⁷⁵

Para Rawls, contudo, o utilitarismo teleológico interpreta equivocadamente o princípio da igual consideração e respeito aos indivíduos; da busca pela realização do maior saldo de satisfação de preferências e desejos (que acarretam bem-estar) não resulta que os maiores beneficiários da cooperação social devam compensar as perdas dos menos favorecidos. Em suma, o utilitarismo não leva a sério as diferenças entre as pessoas.⁷⁶

⁷² RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 26.

⁷³ A referência à “posição” de observador imparcial foi tomada de empréstimo de Alcino Eduardo Bonella (“posição de um espectador imparcial”), e ressalta bem a diferença na forma de justificação entre os princípios de justiça do *utilitarismo* (maior utilidade ou eficiência) e os princípios da *justiça como equidade* de Rawls, escolhidos na “posição original”. Cf. BONELLA, Alcino Eduardo. Justiça como equidade e utilitarismo. Educação e Filosofia, v. 12, n. 23, pp. 129-140, jun./jul.1998, especialmente p. 133.

⁷⁴ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 29.

⁷⁵ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 25. Resulta evidente que o modelo de democracia pressuposto pelo utilitarismo é, em certo sentido, um modelo agregador. Amy Gutmann e Denis Thompson relacionam as teorias da justiça com as teorias democráticas de uma forma interessante. Para eles, há teorias que visam solucionar conflitos morais de primeira e de segunda ordem. As teorias de primeira ordem procuram solucionar conflitos morais demonstrando que os princípios e postulados que defendem são os mais apropriados, excluindo princípios e postulados de teorias rivais; nessa ordem, se situam as teorias da justiça (como o utilitarismo, o liberalismo igualitário, o libertarianismo, o comunitarismo). As teorias de segunda ordem “são sobre outras teorias”, porque oferecem uma forma de lidar com as divergências das teorias de primeira ordem rivais, dando espaço para a manifestação dos conflitos morais. O utilitarismo, enquanto teoria de primeira ordem, pressupõe um certo modelo agregador de democracia: os legisladores identificam desejos e preferências dos indivíduos e os submetem a um filtro analítico (critério da melhor relação custo-benefício, da maior utilidade ou da eficiência), com intenção de produzir melhores resultados. Cf. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que Significa Democracia Deliberativa. Tradução de Bruno de Oliveira Maciel; revisão técnica de Pedro Buck. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais-RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pp. 17-78, jan./mar.07, pp. 29-31.

⁷⁶ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 28-30.

De fato, o utilitarismo clássico ou teleológico apresenta pelo menos três grandes problemas, que estão implícitos nas críticas de Rawls: primeiro, preocupa-se apenas com o bem-estar dos indivíduos, a ponto de poder implicar inclusive no sacrifício de direitos para consecução desse desiderato; além disso, supõe que os fatores que proporcionam bem-estar podem ser comparados entre uma pessoa e outra, permitindo mensurar a quantidade de bem-estar de cada uma; e, por fim, preocupa-se apenas com a maximização dessa quantidade de bem-estar social líquido, e não com sua distribuição.⁷⁷

Toda a *teoria da justiça como equidade* de Rawls representa um esforço de solução sistematizada – ou seja, não-pontual, como as teorias intuicionistas – a esses problemas.⁷⁸ Ele vê a sociedade como um empreendimento cooperativo que visa à consecução de benefícios mútuos; há nela em boa parte *identidade* de interesses, porque a vida social proporciona aos indivíduos a obtenção de maiores benefícios do que teriam se vivessem sozinhos, à custa de seus próprios esforços; mas há também interesses em *conflito*, porque os indivíduos discordam sobre de que forma devem ser distribuídos esses benefícios que a vida em sociedade proporciona.

Na prática, desde que nasce, cada pessoa possui *características naturais* (deficiências ou talentos físicos e psíquicos) e ocupa uma dada *posição social* (mais, ou menos abastada) que afetam substancialmente a forma pela qual pode usufruir dos benefícios do convívio social, em ordem a poder realizar seu o plano de vida, a sua idéia de bem; é dizer, o maior ou menor bem-estar que é possível alcançar fica na dependência de *circunstâncias contingenciais*, que independem da pessoa.⁷⁹ Mas, uma vez que a aplicação do princípio da eficiência inerente à concepção utilitarista clássica de justiça se preocupa apenas com a maximização do saldo líquido de bem-estar

⁷⁷ Cf.: PARIJS, Philippe van. O que é uma Sociedade Justa?, p. 16 *et seq.*; e KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea, p. 25.

⁷⁸ Cf. PARIJS, Philippe van. O que é uma Sociedade Justa?, p. 16. Rawls empresta bastante importância às teorias intuicionistas, que em síntese buscam identificar o justo através da obtenção de um equilíbrio entre diversos princípios básicos, *a priori* não-hierarquizados. Essa ausência de hierarquização entre vários princípios básicos (eventualmente antagônicos) decorre de um certo ceticismo dos intuicionistas, que não acreditam na capacidade humana para explicar plenamente os julgamentos morais: uma pluralidade de princípios concorrentes, cujo equilíbrio deve ser intuído, é destarte indispensável; qualquer tentativa de ir além desses princípios será ou trivial (como o mandar “dar a cada um o que é seu”) ou falso ou reducionista (como querer resolver tudo com base em cálculos de maior utilidade). A sua teoria da justiça como equidade, embora se valha da intuição, procura também contornar o problema da ausência de hierarquia *a priori* de princípios, que as teorias intuicionistas supõem. Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 36/37.

⁷⁹ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 14.

social, daí não decorre (pelo contrário!) que a promoção desse bem-estar se dirija àqueles menos favorecidos pelas circunstâncias sociais ou naturais. Isso põe em evidência a necessidade de se identificar e selecionar outros princípios (que não o da eficiência ou maior utilidade) para orientar uma distribuição adequada dos benefícios decorrentes do empreendimento cooperativo.⁸⁰

Vem daí a distinção entre *conceito de justiça* e *concepções de justiça*: o conceito de justiça seria formado pelo consenso acerca de determinados princípios, pelas várias concepções de justiça existentes – as quais, todavia, podem interpretá-los diferentemente.⁸¹ Esses princípios, objeto de consenso pelas concepções de justiça existentes, se dirigem a ordenar a “estrutura básica da sociedade” – formada pela constituição política do Estado e pelas principais convenções econômicas e sociais – ou, mais especificamente, *a forma pela qual* essa estrutura atribui direitos e deveres fundamentais e distribui os benefícios provenientes da cooperação social.⁸²

1.2 A justiça como equidade

Para alcançar tais princípios, Rawls constrói uma teoria de nítida inspiração kantiana que procura corrigir as conseqüências contra-intuitivas do utilitarismo clássico. Segundo Parijs, o procedimento pelo qual Rawls sugere que se alcancem os princípios da justiça adequados à racional ordenação das instituições sociais básicas da sociedade é de inspiração kantiana na medida em que adota o que ele denomina de “construtivismo”.⁸³ O próprio Rawls explica:

⁸⁰ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 4/5.

⁸¹ Cf.: RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 6 e 11; e PARIJS, Philippe van. O que é uma Sociedade Justa?, p. 61.

⁸² Nesse sentido, Rawls afirma: “Nossa noção intuitiva é que essa estrutura contém várias posições sociais e que homens nascidos em condições diferentes têm expectativas de vida diferentes, determinadas, em parte, pelo sistema político bem como pelas circunstâncias econômicas e sociais. Assim, as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais que outros. Essas são desigualdades especialmente profundas. Não apenas são difusas, mas afetam desde o início as possibilidades de vida dos seres humanos; contudo, não podem ser justificadas mediante um apelo às noções de mérito ou valor. É a essas desigualdades, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que os princípios de justiça social devem ser aplicados em primeiro lugar. Esses princípios, então, regulam a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico e social. A justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade.” (RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 8)

⁸³ Cf. PARIJS, Philippe van. O que é uma Sociedade Justa?, p. 66.

O que distingue a versão kantiana do construtivismo é, essencialmente, que ela propõe uma concepção particular da pessoa e que faz disso um elemento de um procedimento razoável de construção cujo resultado determina o conteúdo dos princípios de justiça. Em outras palavras, ela estabelece um certo procedimento de construção que satisfaz a certo número de exigências razoáveis, e no âmbito desse procedimento as pessoas caracterizadas como agentes racionais desse processo de construção definem, por sua concordância, os princípios de justiça.⁸⁴

Rawls supõe, assim, bem à maneira de Kant, que todas as pessoas possuem uma razão e um senso de justiça inatos, e que se preocupam naturalmente em promover seus próprios interesses.⁸⁵ Para que *todos* possam ter condições de realizar sua própria idéia de bem, os seus próprios planos de vida (qualquer que seja o conteúdo de uma vida boa), alguns *bens* são absolutamente necessários, isto é, primários.⁸⁶ Destarte, antes de cada um realizar a sua idéia de bem (preferências, desejos, interesses, finalidades), é preciso que todos definam de uma vez por todas o que é justo ou injusto, isto é, que estabeleçam definitivamente os princípios que determinam a justa distribuição dos bens primários – pelo menos dos bens *sociais* primários.⁸⁷ A decisão das pessoas acerca do que consideram justo ou injusto (quanto à forma de distribuição dos bens) deve ser anterior à decisão sobre o que é o bem de cada um, estabelecendo destarte os seus limites: a idéia de que *o justo precede o bem* é não só hierárquica como lógica, ou cronológica.⁸⁸ Essa idéia dá sentido à afirmação

⁸⁴ RAWLS, John. Justiça e Democracia. Tradução de Irene A. Partenot; seleção, apresentação e glossário de Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 47.

⁸⁵ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 12/13.

⁸⁶ Cf. KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea, p. 82.

⁸⁷ “Existem” – segundo Álvaro de Vita – “três tipos de bens que são relevantes para uma teoria da justiça distributiva: bens que são passíveis de distribuição, tais como a renda, a riqueza, o acesso a oportunidades educacionais e ocupacionais e a provisão de serviços; bens que não podem ser distribuídos diretamente, mas que são afetados pela distribuição dos primeiros, tais como o conhecimento e o auto-respeito; e bens que não podem ser afetados pela distribuição de outros bens, tais como as capacidades físicas e mentais de cada pessoa. A teoria de Rawls tem implicações claras para os dois primeiros tipos de bens, que constituem o *distribuendum* (a que Rawls se refere como os ‘bens primários’) desse enfoque sobre a justiça.” (VITA, Álvaro de. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva. Revista Brasileira de Ciências Sociais-RBCS, São Paulo, v. 14, n. 39, pp. 41-59, fev.1999, p. 41). Kymlicka faz menção apenas aos bens primários sociais (relacionados à posição da pessoa na sociedade, conforme gênero, classe, etc.) e naturais (relacionadas às capacidades físicas e psíquicas das pessoas, como talentos, deficiências, etc.). Cf. KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea, p. 82.

⁸⁸ O utilitarismo entende que o princípio da prudência (individual) deve ser estendido às instituições públicas (princípio da prudência social). Rawls se vale de raciocínio equivalente: “Como cada pessoa deve decidir com o uso da razão o que constitui o seu bem, isto é, o sistema de finalidades que, de acordo com sua razão, ela deve buscar, assim um grupo de pessoas deve decidir de uma vez por todas tudo aquilo que entre elas se deve considerar justo e injusto. A escolha que homens racionais fariam nessa situação hipotética (...) determina os princípios de justiça.” (RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 13)

com a qual Rawls inaugura *Uma Teoria da Justiça*, de que a justiça é a primeira virtude das sociedades.⁸⁹

Uma vez que as contingências da vida de cada um influiriam na definição do que deveria ser justo ou injusto, Rawls procura conceber uma forma de contornar essa influência, a saber, um certo tipo de *contrato social*.⁹⁰ Através do recurso ao contrato, ele imagina que as pessoas chegariam *hipoteticamente* a princípios de justiça que garantiriam uma adequada ordenação da sociedade, desde que partissem de uma posição que lhes assegurasse igual *status* moral (igual racionalidade e igual nível de informações orientadoras de seus juízos).⁹¹ Essa posição é por ele chamada de “*posição original*”, e corresponde ao estado de natureza das teorias contratualistas clássicas (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant).⁹²

Na posição original as pessoas são levadas a escolher os princípios de justiça como se estivessem cobertas por um véu (que Rawls, a propósito, chama de “*véu da ignorância*”), que lhes impede de ter conhecimento acerca de sua *posição na sociedade* (gênero, sexo, classe social, etc.), bem como de suas *capacidades naturais* (grau de força física, nível de inteligência, etc.); não conhecem sequer suas próprias *concepções de bem* (desejos e preferências, valores, planos de vida) ou *propensões psicológicas particulares* (temperamento, inclinações). O pouco conhecimento que têm se relaciona aos fatos sociais gerais (descobertas básicas das ciências sociais, como a psicologia, a economia, a sociologia, etc.). Segundo Rawls, esse expediente garante a igualdade de condição e a imparcialidade de todos aqueles que se situam na posição de escolha: “Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios de

⁸⁹ Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 3.

⁹⁰ “O contratualismo ocupa um lugar muito significativo na teoria de justiça de Rawls, assim como ocupa um lugar muito importante na tradição filosófica e política liberal (uma tradição que considera primordial nesse tipo de análise o valor da autonomia da pessoa).” (GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça* depois de Rawls, pp. 14/15)

⁹¹ Cf. GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça* depois de Rawls, p. 15 *et seq.*; KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 76.

⁹² Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 19 *et seq.* e p. 127 *et seq.* Rawls na verdade não relaciona sua idéia de contrato com a de Hobbes, por entender que o contrato hobbesiano demanda análise mais complexa. Sobre algumas características dos diversos contratualismos, cf. GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça* depois de Rawls, p. 15 (nota 14). Especificamente sobre o contratualismo hobbesiano, cf. VITA, Álvaro de. *A Justiça Igualitária e seus Críticos*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 77 *et seq.*

justiça são resultado de um consenso ou ajuste equitativo.”⁹³ Nela, todos se utilizam da razão e do senso de justiça que possuem; como ninguém conhece as contingências sociais ou naturais da vida real, ficam afastadas quaisquer propensões de escolha de princípios tendenciosos. Ou, como observa Kymlicka: “Como ninguém sabe que posição irá ocupar, pedir às pessoas que decidam o que é melhor para elas tem a mesma consequência que pedir que decidam o que é melhor para todo mundo, considerado imparcialmente.”⁹⁴ Os princípios de justiça destarte escolhidos são equitativos porque a situação em que se encontram as partes no momento da escolha é equitativa.⁹⁵

Supõe-se, assim, que dessa situação resulte a escolha de princípios de justiça que determinem a melhor (a mais racional, a mais justa, por ser mais equitativa) distribuição possível dos benefícios do convívio social: “Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualitariamente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.”⁹⁶

Chega ele, então, a determinados princípios, reitores da estrutura básica de uma “sociedade bem organizada”, na qual se façam presentes certas “circunstâncias de justiça.”⁹⁷ O primeiro princípio afirma que cada pessoa deve ter um “direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos” (*princípio da igual liberdade*). O

⁹³ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 14.

⁹⁴ KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea, p. 82.

⁹⁵ “Isso explica a propriedade da frase ‘justiça como equidade’: ela transmite a idéia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa” (RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 14). Além disso, patenteia claramente a influência kantiana na construção de Rawls, ao proporcionar que se obtenha um determinado resultado considerado como justo pela forma estabelecida para alcançá-lo: “O construtivismo kantiano sustenta que a objetividade moral deve ser compreendida de um ponto de vista social convenientemente construído que todos podem aceitar.” (RAWLS, John. Justiça e Democracia, p. 51). Segundo Rawls, a posição original comporta um grau muito forte do que chama *justiça procedimental pura*, cuja característica essencial, que de resto a distingue de uma justiça procedimental perfeita, é precisamente a ausência de um critério independente de justiça: “O que é justo se define apenas pelo resultado do próprio procedimento.” (Ibidem, p. 58)

⁹⁶ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 66. “A injustiça, portanto, se constitui simplesmente de desigualdades que não beneficiam a todos.” (Idem)

⁹⁷ Uma sociedade bem organizada é aquela em que cada pessoa aceita e sabe que as demais pessoas aceitam os mesmos princípios de justiça, e em que as instituições básicas satisfazem esses princípios, sabendo que os satisfazem. Uma sociedade em que se façam presentes as circunstâncias de justiça é aquela em que não há nem demasiada escassez nem demasiada abundância de bens, e onde as pessoas, com interesses em parte coincidentes e em parte conflitantes, são mais ou menos iguais entre si (física e mentalmente) e igualmente vulneráveis às agressões dos demais. Cf.: RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 5, 136 *et seq.* e 504 *et seq.*; e GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, pp. 19/20.

segundo princípio parte-se em dois, e afirma que as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de maneira que, concomitantemente “(a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições da poupança justa” (*princípio da diferença*), e “(b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades” (*princípio de igualdade de oportunidades*).⁹⁸

Rawls estabelece ainda determinadas “regras de relação” (ou de prioridade), que hierarquizam esses princípios entre si, e todos em relação ao princípio da maximização da utilidade. A primeira é a *regra da prioridade da liberdade*, segundo a qual as liberdades básicas somente podem ser restringidas em nome da própria liberdade, o que deve ocorrer quando uma redução da liberdade deva fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos ou quando uma liberdade desigual deva ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor. A segunda é a *regra da prioridade da justiça sobre a eficiência e sobre o bem-estar* (o que significa que não se pode buscar a maior utilidade ou bem-estar social quando isso contribuir para aumentar as desigualdades sócio-econômicas), bem como *da prioridade da igualdade equitativa de oportunidades sobre o princípio da diferença* (o que significa que toda desigualdade de oportunidade deve ser trabalhada no sentido de aumentar as oportunidades de todos ou pelo menos daqueles que se situam nas piores posições sociais).⁹⁹

⁹⁸ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 333/334.

⁹⁹ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 333/334. Depois de escolhidos esses princípios na posição original, a teoria de Rawls dá lugar a que tais princípios sejam confrontados com os *juízos ponderados de justiça* que igualmente todas as pessoas possuem. Três situações podem então ocorrer: (i) se as partes não logram escolher princípio algum, é preciso buscar outras premissas razoáveis, adaptando a posição original; (ii) se determinados princípios são escolhidos, pode ocorrer de eles corresponderem aos nossos juízos ponderados sobre justiça, isto é, às nossas convicções intuitivas de justiça; se assim for, tudo estará bem; (iii) se determinados princípios são extraídos, pode ocorrer de eles não corresponderem exatamente às nossas ponderadas convicções sobre a justiça; nesse caso, podemos ou revisar as premissas da posição original, ou reavaliar nossos juízos ponderados sobre justiça (Ibidem, p. 22). Aqui se torna visível o papel da intuição, cuja importância Rawls não ignora (embora critique o intuicionismo por definir apenas no caso concreto qual princípio ou valor deve prevalecer). Os juízos ponderados de justiça de cada pessoa, impulsionados pela intuição ou pelo senso de justiça que possuem, atuam como um mecanismo de “controle de validade” dos princípios gerais de justiça escolhidos na posição original. O procedimento justificativo de Rawls se desenvolve mais ou menos da seguinte maneira: o argumento contratual representa a superestrutura teórica, da qual resulta a identificação racional dos princípios de justiça (segundo o critério do *maximin*), que guiam os juízos morais individuais, que por sua vez se reconduzem aos princípios gerais de que descendem, numa inter-relação adaptativa. Não há prioridade metodológica entre juízos particulares e juízos gerais abstratos de justiça (Cf. HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo: seis voces para un debate e una proposta*. Navarra: Arzandi, 2007, p. 30). A través desses avanços e retrocessos, eventualmente alterando as *condições da*

A teoria da justiça como equidade se preocupa com a possibilidade de as pessoas escolherem racionalmente os seus próprios planos de vida, segundo seus próprios valores, isto é, segundo suas próprias concepções de bem; por isso, se acomoda bem ao pluralismo moral característico das sociedades modernas, pois não pressupõe que um plano de vida seja melhor ou mais valioso que outro. Mas essa neutralidade não significa, obviamente, que a teoria ignore ou não pressuponha uma *teoria do bem*, pois, na medida em que se dispõe a escolher princípios de justiça acerca de como distribuir racionalmente os bens sociais básicos, é preciso que tenha pelo menos uma idéia de quais bens sociais básicos devem ser racionalmente distribuídos.¹⁰⁰

Não obstante, ela se preocupa também com que os benefícios da cooperação social sejam igualmente distribuídos aos participantes desse empreendimento. Os princípios que a teoria da justiça como equidade postula são importantes, portanto, na medida em que: primeiro, proporcionam que todos tenham iguais condições de executar os seus próprios planos de vida, conforme suas próprias idéias de bem, donde a proeminência da liberdade nesse esquema; segundo, estabelecem certa subordinação da busca pela concepção de bem (dos desejos e preferências e ela relacionados) a determinados princípios éticos (o princípio da liberdade, de um lado e, de outro, os princípios da diferença e da igualdade de oportunidade, que visam ampliar a liberdade

posição original, ou modificando *juízos ponderados particulares* e conformando-os aos novos princípios, supõe Rawls que as partes acabarão encontrando a configuração da situação inicial que ao mesmo tempo expresse pressuposições razoáveis e produza princípios que combinem com as convicções devidamente apuradas e ajustadas (Cf. RAWLS, Uma Teoria da Justiça, p. 23). Os princípios de justiça, aprovados pelos juízos ponderados de justiça, são resultado do que Rawls chama de *equilíbrio refletido*. O acréscimo dessa etapa procedimental em certa medida “relativiza” a universalidade (e bem assim o kantismo) da teoria rawlsiana, já que ela passa a ser confrontada com o senso comum das pessoas socialmente situadas.

¹⁰⁰ Rawls deixa isso bem claro quando indica que sua teoria parte de uma teoria restrita do bem, com base na qual define os princípios do justo: “Durante toda a exposição, parti da hipótese de que, em uma sociedade bem-ordenada, as concepções que os cidadãos têm acerca de seu bem estão de acordo com os princípios do justo que são publicamente reconhecidos e incluem um lugar apropriado para vários bens primários. Mas o conceito de bem foi usado apenas em um sentido muito restrito. E, na verdade, devo fazer uma distinção entre duas teorias do bem. A razão para proceder assim é que, na justiça como equidade, o conceito de justo é anterior ao conceito que define o que é bom. Contrariamente ao que ocorre com as teorias teleológicas, algo é bom apenas (...) se adequar modos de vida que são consistentes com os princípios de justiça já disponíveis. Mas, para estabelecer esses princípios, é necessário o apoio de alguma noção de bem, pois precisamos de suposições sobre os motivos das partes na posição original. Como essas suposições não devem colocar em risco o lugar prioritário do conceito do justo, a teoria do bem usada na argumentação a favor dos dois princípios de justiça fica restrita apenas a pontos essenciais. Refiro-me a essa explicação do bem como teoria restrita: o seu propósito é assegurar as premissas acerca dos bens primários que são necessárias para que cheguemos aos princípios de justiça. Uma vez elaborada essa teoria e analisados os bens primários, podemos usar os princípios de justiça no desenvolvimento posterior do que chamarei de teoria plena do bem.” (RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 438)

daqueles que se situam em piores posições sociais).¹⁰¹ Dos dois princípios da justiça, *um* exige igualdade na atribuição de bens sociais básicos (bens, direitos e deveres); *outro* afirma que as desigualdades sócio-econômicas são justas apenas se delas resultam benefícios compensatórios, especialmente para os menos favorecidos. Ambos procuram abrandar a forma autoritária, do ponto de vista da moral, pela qual uma pessoa é inserida em uma dada *posição na sociedade* e é dotada de *capacidades naturais*.¹⁰²

Mas, uma coisa é dizer que numa dada situação as pessoas escolheriam dados princípios reitores do convívio social; outra é justificar o porquê que, em dada situação, as pessoas escolheriam especificamente *esses*, e não outros princípios. Rawls obviamente não ignora o papel do bem em sua teoria, assim como não ignora que as pessoas agem movidas por seus interesses pessoais; muito pelo contrário.¹⁰³ No entanto, nas condições da posição original, sob o véu da ignorância, as pessoas não conheceriam nem mesmo as suas próprias concepções de vida boa (os desejos ou preferências racionais que de fato venham a ter para realizá-la). Precisariam, assim, escolher princípios que ordenassem a estrutura básica da sociedade a distribuir “bens sociais primários” de tal maneira que lhes permitissem realizar qualquer a concepção de vida que tivessem, independentemente das capacidades naturais que tivessem e da posição social que viessem a ocupar de fato na sociedade. N’outro dizer, na posição original as pessoas escolheriam princípios de justiça motivadas a assegurar *bens sociais básicos para pessoas com quaisquer graus de capacidades naturais, situadas em quaisquer posições sociais* (em que eventualmente elas próprias poderiam estar “alocadas”).¹⁰⁴

O principal bem social primário a ser escolhido seria a *igual liberdade*, que assume acentuada importância por seu caráter instrumental, porquanto garante a pessoas racionais a possibilidade de determinação dos demais bens (projetos de vida,

¹⁰¹ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 33/34.

¹⁰² Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 16-17.

¹⁰³ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 98.

¹⁰⁴ Por “bens sociais primários” Rawls entende direitos, liberdades e oportunidades, bem como renda e riqueza, além da auto-estima. Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 98.

satisfação de seus desejos e preferências, etc.).¹⁰⁵ Rawls não se detém na justificação de sua escolha; argumenta apenas sobre sua prioridade.¹⁰⁶ Seus esforços se voltam a justificar o segundo princípio – especialmente o princípio da diferença (ou *maximin*), que lhe compõe a primeira parte –, cuja escolha se afigura mais problemática em função da existência de outros princípios possíveis: o contraste fundamental se dá com os da maior utilidade total (ou *maximax*) e o da maior utilidade média (ou *maximédia*).

Frente a essa dificuldade de escolha, para Rawls o critério de racionalidade que deve ser usado pelas pessoas no caso é da *maximização de mínimos* (“*maximin*”). Significa que elas devem hierarquizar as diferentes alternativas de princípios, de acordo com os resultados que acarretem na distribuição dos demais benefícios sociais, preferindo o princípio cujo pior resultado seja maior. A esse respeito, Kymlicka é esclarecedor:

Por exemplo, imagine que os seguintes são os esquemas distributivos possíveis em um mundo de três pessoas:

1. 10: 8: 1
2. 7: 6: 2
3. 5: 4: 4

A estratégia de Rawls diz para você escolher o terceiro. Se você não sabe qual a probabilidade de vir a ficar na melhor ou na pior situação, a escolha racional, segundo Rawls, é o terceiro esquema. Pois, mesmo que você venha a ficar na pior posição, ela lhe dará mais do que você conseguiria se estivesse na posição mais inferior dos outros esquemas.¹⁰⁷

Conforme anota Roberto Gargarella, a escolha desse critério não representa uma postura “conservadora” dos participantes, senão que é uma decorrência da peculiar situação em que estes se encontram: “os sujeitos em questão não sabem qual é a probabilidade que têm a seu alcance; nem têm um particular interesse em benefícios maiores que o mínimo; nem querem opções que envolvam riscos muito graves.”¹⁰⁸

¹⁰⁵ Apenas algumas liberdades são consideradas “básicas” por Rawls, tais especificamente a liberdade política (direito de sufrágio ativo e passivo), e a liberdade de expressão e de reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades 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 Estado de Direito. Outras liberdades, como a liberdade dos meios de produção e a liberdade contratual, ficam excluídas dessa concepção. Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, pp. 65-67.

¹⁰⁶ Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 266 *et seq.* e p. 602 *et seq.*

¹⁰⁷ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 84.

¹⁰⁸ GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*, p. 24. Outros critérios possíveis seriam os do *maximax*, isto é, da maximização de máximos, em que a escolha incide sobre o princípio cujo esquema apresenta o melhor resultado possível, em relação ao melhor resultado possível de outros esquemas; e

1.3 Liberdade e compensação aos menos afortunados

Escolhidos os princípios, com base neles deve-se estabelecer a estrutura básica da sociedade e ordenar suas principais instituições sociais – a saber, uma Constituição, uma legislatura e uma administração que execute as leis criadas.¹⁰⁹ Segundo ele uma *sociedade justa*, sob o influxo de tais princípios, deverá dar ensejo: (a) a uma Constituição política que institua um Estado e governo laicos e “amorais”, que não podem nem devem interferir em questões pessoais e religiosas, senão regular a forma pela qual as pessoas perseguem seus interesses morais e espirituais; (b) a um princípio que afirme igual liberdade e igual oportunidade de participação dos cidadãos no processo político (igualdade democrática), com controle dos poderes pelas técnicas tradicionais do constitucionalismo, tais a separação dos poderes, o bicameralismo, uma tábua de direitos, a garantia do primado da lei, etc.¹¹⁰ E, embora não indique qual sistema econômico seria o mais adequado – afirmando que tanto o capitalismo como o socialismo poderiam ser justos –, ao questionar a igualdade de oportunidade e o princípio da diferença, conclui que o segundo princípio exige que o governo mantenha formas habituais de capital social, garanta oportunidades iguais de educação e de cultura através de escola pública ou subsidiada, bem como iguais oportunidades econômicas.¹¹¹

Rawls não ignora a dimensão do embate político, a dimensão das estratégias de ação. Isso resulta bastante claro em sua exposição:

É necessário notar a distinção entre as regras constitutivas de uma instituição, que estabelecem seus vários direitos, deveres, etc., e as estratégias e regras de conduta acerca de como tirar o melhor proveito da instituição para propósitos particulares. As estratégias e regras de conduta racionais se baseiam 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. Essas estratégias e

do *maximédia*, isto é, da maximização de médias, em que a escolha incide sobre o princípio cujo esquema apresente a melhor média possível de resultados, em relação a melhor média possível de resultados de outros esquemas.

¹⁰⁹ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 14.

¹¹⁰ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 341 *et seq.*; KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. Rawls, pp. 66/67.

¹¹¹ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 303 *et seq.*; KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. Rawls, p. 68.

máximas não são em si mesmas uma parte da instituição. Pertencem, isso sim, à sua teoria, por exemplo, à teoria política parlamentar. Normalmente, a teoria de uma instituição, assim como a de um jogo, 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. 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 os 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.¹¹²

Ou seja: com o que ele absolutamente não concorda é que as estratégias de ação política se preocupem apenas em maximizar a utilidade (total ou média), sem qualquer instância crítica de controle. Daí que procure estabelecer princípios mínimos que visem regular o travamento desse embate, a execução desses jogos de estratégias – algo que parece se coadunar com uma intuição comum acerca da ordenação das instituições público-sociais.

Fica de tal arte evidente o contraste entre a teoria da justiça como equidade e o utilitarismo. Em vez de se preocupar em maximizar a utilidade total ou média, para um Estado justo o que importa é *distribuição* de determinados “bens sociais primários” a todas as pessoas, em ordem tal a lhes dar condições de realizar os objetivos de seus respectivos projetos de vida – donde a razão de ser dos princípios que identifica: o princípio da *igual liberdade*, que permite a todos realizar os seus respectivos projetos de vida boa, segundo a própria idéia de bem; e os princípios da *diferença* e da *igualdade de oportunidade*, que em conjunto permitem um tratamento desigual que beneficie os menos favorecidos sócio-economicamente, desde que este tratamento desigual atinja posições que possam ser acessadas por todos em igualdade de oportunidade.¹¹³ É importante ressaltar que apenas algumas liberdades são

¹¹² RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 59/60. Em outra passagem, Rawls afirma: “Onde há o envolvimento de questões de justiça, a intensidade das paixões não deveria ser levada em conta. Naturalmente, na vida prática, os legisladores devem considerar os mais fortes sentimentos públicos. Embora irracional, o senso de indignação dos cidadãos estabelecerá os limites sobre o que se pode obter através da política; e as concepções populares afetarão as estratégias de execução dentro desses limites. Mas não se devem confundir as questões de estratégia com as de justiça.” (Ibidem, pp. 252/253)

¹¹³ “Trata-se principalmente das liberdades, consideradas no primeiro princípio; das vantagens socioeconômicas (rendimentos e riqueza, poder e prerrogativas, bases sociais do auto-respeito) consideradas na

consideradas “básicas” por Rawls, tais especificamente “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 estado de direito”, excluindo outras, como a liberdade dos meios de produção e a liberdade contratual.¹¹⁴

Rawls coloca o problema da necessidade de distribuição *igualitária* desses bens: toda desigualdade deve ser justificada aos menos favorecidos; apenas a igualdade prescinde de justificação.¹¹⁵ Entre duas possíveis medidas – uma que possa trazer um aumento do saldo líquido de bem-estar (total ou médio), e outra que possa trazer benefícios aos menos favorecidos –, têm os menos favorecidos o *direito* de exigir do Estado que adote a segunda em vez da primeira. Com isso – e esse parece ser um dos pontos mais importantes da construção rawlsiana – assegura-se uma esfera de proteção à autonomia individual contra qualquer violação em nome da maximização da utilidade social.¹¹⁶ No dizer do próprio Rawls:

Cada pessoa possui uma [esfera de] inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais.¹¹⁷

primeira parte do segundo princípio; e das oportunidades de acesso a essas vantagens consideradas na segunda parte desse mesmo princípio. Não se trata mais, para Rawls, de adicionar e, assim, de comparar os níveis de bem-estar, mas de assegurar que todos tenham as mesmas liberdades e as mesmas oportunidades, e que as vantagens socioeconômicas sejam distribuídas de modo que aqueles que têm menos tenham mais do que teriam (...) em qualquer outra situação possível em que as liberdades e oportunidades seriam iguais” (PARIJS, Philippe van. *O Que é uma Sociedade Justa?*, pp. 17/18). Parijs observa que isso elimina o problema da comparação do bem-estar entre os indivíduos, se bem que não solucione todos os problemas da comparação interpessoal, que a sua teoria da igualdade de rendimentos procurará solucionar (PARIJS, Philippe van. *O Que é uma Sociedade Justa?*, p. 18).

¹¹⁴ Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, pp. 65 e 67.

¹¹⁵ “A força da justiça como equidade parece derivar de duas coisas: a exigência de que todas as desigualdades sejam justificadas para os menos favorecidos e a prioridade da liberdade. Essas duas limitações a distinguem tanto do intuicionismo e das teorias teleológicas.” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 274). Cf. também PARIJS, Philippe van. *O Que é uma Sociedade Justa?*, p. 18.

¹¹⁶ Cf. PARIJS, Philippe van. *O Que é uma Sociedade Justa?*, p. 18.

¹¹⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 4.

Isso explica porque a teoria de Rawls postula não um sentido *teleológico* (de *telos*, finalidade), mas um sentido *deontológico* (de *deon*, dever): enquanto para o utilitarismo o bem precede o justo e o seu critério, na teoria da justiça como equidade o justo precede o bem.¹¹⁸ Essa a sua característica fundamental.

2 DA IGUALDADE DE BENS SOCIAIS BÁSICOS À IGUALDADE DE RECURSOS: O CONTRIBUTO DE RONALD DWORKIN

Desde sua publicação, *Uma Teoria da Justiça* (1971), de Rawls, tem sido referência obrigatória nos debates sobre os critérios que orientam a ação do Estado e sua relação com os indivíduos, seus cidadãos. Não tanto porque todos concordem com a teoria nela exposta; na verdade, em despeito de seus méritos, o que a sua teoria mais rendeu foram críticas. Mas sim porque todos aqueles que tratam do tema precisam assumir uma posição frente a ela, seja de alinhamento, seja de contraposição.

Dentre os autores que se situam no mesmo registro liberal-igualitário que Rawls, Ronald Dworkin ocupa sem dúvida uma posição de destaque. Desde que expôs sua primeira crítica ao utilitarismo em 1977, em *Levando os Direitos a Sério*, sem deixar de ser liberal, Dworkin procurou ao longo do tempo contornar várias críticas feitas à teoria da justiça como equidade, sobretudo pela corrente comunitarista.¹¹⁹ No plano político, a formulação mais completa de seu pensamento se encontra exposta em *A Virtude Soberana*, de 2000.¹²⁰

Conforme observa Kymlicka, sua teoria é bastante complexa: envolve o recurso a leilões e esquemas de seguro hipotéticos, mercados livres, etc., sendo

¹¹⁸ Cf. HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 23.

¹¹⁹ Na verdade, com a crítica comunitarista – especialmente a feita por Michael Sandel –, o próprio Rawls passou a reformular em parte sua teoria da justiça como equidade, aprofundando-lhe o caráter político (em vez de predominantemente moral). Essa reformulação alcançou sua teorização mais sistematizada em 1993, com a publicação de *O Liberalismo Político*. Cf. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo; revisão da tradução de Álvaro de Vita. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000. Sobre as etapas da evolução do pensamento de Rawls, cf. KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. Rawls, p. 141 *et seq.*

¹²⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

impossível fazer dela uma explanação completa.¹²¹ Segundo parece, assim como Rawls procurou contornar problemas contra-intuitivos que o utilitarismo teleológico não dava conta de resolver, da mesma maneira Dworkin procura contornar problemas contra-intuitivos que o utilitarismo (especialmente o utilitarismo igualitário) e a própria teoria da justiça como equidade não deram conta de resolver.¹²²

De fato, segundo Parijs, Rawls nunca explicou bem o que se devia entender por “desfavorecidos” – se seriam apenas os menos dotados de recursos sociais (renda, oportunidade, etc.) ou também os menos dotados de capacidades naturais (como os deficientes).¹²³ Por outro lado, ainda que se possa sustentar que a teoria de Rawls seja sensível às diferenças naturais entre as pessoas, ela pode não ser sensível com relação às suas ambições: Dworkin procura formular uma teoria liberal igualitária baseada em direitos que reúna condições de ser sensível a ambas.

2.1 As críticas de Dworkin à igualdade de bem-estar e à justiça como equidade

Enquanto Rawls inaugura *Uma Teoria da Justiça* com a afirmação de que a justiça é a primeira virtude das sociedades, Dworkin de seu turno inaugura *A Virtude Soberana* com a de que a “virtude soberana” das comunidades políticas é a consideração igualitária.¹²⁴ Há, contudo, grande divergência entre o que deva ser objeto de uma consideração igualitária. Nesse ponto também diferindo de Rawls – que

¹²¹ Cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 84.

¹²² Conforme anota Roberto Gargarella, embora Dworkin divirja de Rawls em vários aspectos, são maiores os seus pontos de afinidade, quais sejam: primeiro, a pretensão de distinguir o que depende dos indivíduos (suas características naturais) do que não depende (elementos circunstanciais); segundo, a rejeição ao utilitarismo como teoria política; terceiro, a idéia de justiça fundamentada na igualdade de distribuição; e quarto, a necessidade de neutralidade moral do Estado quanto às concepções de vida boa de cada um. Cf. GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*, pp. 65/66 e DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 147 *et seq.*

¹²³ Cf. PARIJS, Philippe van. *O que é uma Sociedade Justa?*, p. 70. Numa obra publicada no seu último ano de vida (*Justice as Fairness: a restatement*), posterior à obra de Parijs, Rawls se ocupa desse problema. Ele indica cinco tipos de bens básicos – (i) direitos e liberdades básicos como a liberdade de consciência, de pensamento, de expressão, etc.; (ii) liberdade de movimento e de escolha de ocupação sobre um pano de fundo de oportunidades diversificadas; (iii) poderes e prerrogativas inerentes a cargos e posições sociais de responsabilidade e autoridade; (iv) renda e riqueza; e (v) as bases sociais do auto-respeito –, e afirma que, numa sociedade “bem ordenada” (“em que todos os direitos e liberdades básicos e iguais dos cidadãos e suas oportunidades equitativas estão garantidos”), os menos favorecidos são aqueles que pertencem à classe social de renda com as menores expectativas. Cf. RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner; revisão técnica e da tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 81-86.

¹²⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. IX.

concentra suas críticas numa versão clássica ou teleológica do utilitarismo, isto é, aquela preocupada com a *maximização* do saldo líquido total ou médio do bem-estar – Dworkin dirige-se contra um utilitarismo que se preocupa antes com a forma de *distribuição* do bem-estar (utilitarismo igualitário), qualquer que seja o conceito que se adote de bem-estar.¹²⁵

As vertentes do utilitarismo igualitário podem variar de abrangência conforme o tipo de desejos e preferências que admitirem no cálculo de utilidade:¹²⁶ teorias mais abrangentes tomarão em consideração preferências externas (políticas e impessoais) e internas (pessoais), enquanto teorias mais restritas considerarão apenas preferências internas (pessoais).¹²⁷ Segundo Dworkin, a inclusão de preferências externas no cálculo utilitarista corrompe o utilitarismo – quer se cuide de desejos discriminatórios (insultantes ou pejorativos), quer se cuide de desejos altruístas ou moralistas – porque as preferências (pessoais) de alguns são prejudicadas por preferências (externas) de outros, os quais que não são atingidos pela decisão ou ação estatal.¹²⁸ Uma teoria utilitarista igualitária defensável somente poderia operar com preferências internas

¹²⁵ Na verdade, Dworkin distingue duas versões do utilitarismo (o clássico ou teleológico e o igualitário), assim como distingue duas versões do que chama, junto com Amartya Sen, de *welfarismo* (igualmente o teleológico e o igualitário). Mas não especifica claramente em quê os utilitarismos diferem dos *welfarismos*. Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 74-77.

¹²⁶ Mesmo as vertentes que se preocupam em distribuir o bem-estar divergem quanto ao que deva ser considerado como tal. Dworkin separa essas vertentes em duas: aquelas que consideram o bem-estar como a satisfação de desejos e preferências relacionadas à obtenção de um êxito pessoal, e aquelas que o consideram como satisfação de desejos e preferências relacionadas a um estado de espírito ou de consciência. Essas duas teorias partem do que ele chama de concepções *subjetivas* de bem-estar (isto é, a concepção de bem-estar para o destinatário da ação estatal). Mas ele alude ainda a teorias que procuram tomar o bem-estar num sentido objetivo (isto é, a concepção de bem-estar conforme definida pelo Estado), que, ou entendem que é o legislador que deve definir amplamente o que dá valor a uma vida (e nesse caso, Dworkin, estende a ela todas as críticas que faz às concepções subjetivas), ou procuram igualar as pessoas em alguns recursos básicos como educação, saúde, oportunidades, etc. (e nesse caso não são propriamente utilitaristas, senão que estão em consonância com uma teoria da igualdade de recursos que ele mesmo defende). Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 50/52.

¹²⁷ A classificação das preferências em *internas* (relacionadas ao desejo próprio de fruição de determinados bens e oportunidades) e *externas* (relacionadas à fruição de determinados bens e oportunidades por outras pessoas) é apresentada em DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 361. Posteriormente Dworkin incrementou essa classificação das preferências em *políticas* (relacionadas a uma distribuição igualitária dos bens, recursos e oportunidades da comunidade), *impessoais* (relacionadas não a sua vida ou a sua situação, mas à vida ou à situação de terceiros) ou *pessoais* (relacionadas a sua própria vida ou a sua própria situação) em DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 11-13.

¹²⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, pp. 362/363. Exemplo de preferência externa discriminatória “insultante” seria o de cidadãos não doentes preferirem que um medicamento escasso fosse distribuído antes a brancos doentes em estado de doença controlado do que para negros em estado de doença avançado. Por outro lado, exemplo de preferências externas altruístas ou morais seria o de cidadãos que, apesar de não nadarem, preferissem que fosse construída uma piscina a um teatro, porque valorizam o esporte e acham que espetáculos teatrais devem ser reprimidos por imorais. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, pp. 362/363.

(pessoais) das pessoas. Mas isso não elimina as dificuldades, pois bem-estar é algo difícil de definir objetivamente: o que traz bem-estar para uma pessoa não o traz, necessariamente e na mesma medida, para outra; trata-se, portanto, de uma categoria de difícil interpretação e mensuração.¹²⁹

Dworkin considera que as pessoas primeiro planejam o tipo de vida que *desejam* com base na quantidade e nos tipos de recursos (*naturais*, como tempo de vida, saúde, talentos e habilidades, ou *sociais*, como recursos, oportunidades, etc.) disponíveis para cada tipo de vida, e só depois disso é que decidem se *preferem* dadas experiências e realizações relacionadas ao tipo de vida desejado (ainda que provisoriamente), em detrimento de outras experiências e realizações inerentes a tipos de vida indesejados.¹³⁰ Uma coisa é o desejo ou preferência quanto ao tipo de vida que se quer ter; trata-se de um desejo ou preferência mais abrangente (Dworkin chama de “aspiração abrangente”), sobre como se quer viver da melhor forma possível a única vida que se tem, sobre o valor de uma vida. Outra coisa é a decisão quanto a desejos e preferências concretos relacionados ao tipo de vida escolhido.¹³¹ Isso tornaria possível avaliar o bem-estar de uma pessoa em uma dupla dimensão: restrita (ou relativa) e total.

Primeiramente, numa *dimensão restrita ou relativa*, em que o bem-estar decorreria da satisfação de desejos e preferências concretos, inerentes ao tipo de vida escolhido.¹³² Mas, além de as pessoas atribuírem valores diferentes ao êxito e ao fracasso pessoais, esse êxito ou fracasso pessoais acabam dependendo de variáveis que escapam à capacidade de decisão e ação racionais de cada um; é dizer, as pessoas planejam suas vidas conforme os recursos naturais e físicos de que dispõem, decidem suas preferências, mas nem todo resultado final depende delas mesmas. Isso dificulta

¹²⁹ Cf.: BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. *El igualitarismo liberal de Dworkin. Estudio preliminar*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*. Tradução de Cláudia Montilla. Bogotá: Siglo Del Hombre: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1996, p. 57; e DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 28/29.

¹³⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 28.

¹³¹ “As preferências representam o resultado de uma decisão, de um processo de realizar o que a pessoa quer de mais concreto. Porém a aspiração de encontrar valor na vida não é uma escolha entre outras alternativas, pois não há uma alternativa no sentido ordinário.” (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 29)

¹³² Dworkin alude ao *êxito relativo* de uma vida, precisamente como aquele decorrente da realização das preferências decididas pela pessoa, e não por variáveis casuais. Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 28/29 e pp. 35/36.

não apenas a avaliação final do êxito, mas inclusive a comparação (para efeito de tentar igualar as pessoas em bem-estar) entre o êxito de uma pessoa com o de outra.

Poder-se-ia tomar em conta ainda a dimensão do *êxito total da vida*. Depois de planejada a vida que se deseja levar, bem como *decididas* as preferências com ela relacionadas, a pessoa julgaria o valor da vida (como um todo) que efetivamente tem a partir da *realização* das preferências a ela relacionadas.¹³³ Trata-se de uma auto-avaliação ou de uma autocomparação da vida vivida com a vida planejada – o que exclui, obviamente, a avaliação de uma vida vivida em comparação com outra vida vivida.¹³⁴ Dworkin anota:

Diferenças de juízo no tocante a estar a vida indo bem ou mal só são diferentes na própria vida, (...) quando são diferenças (...) em realização, que é, acredito, uma questão de avaliar o êxito ou o fracasso individual fazendo uma comparação com algum modelo de como *deveria* ter sido, e não de como talvez pudesse ter sido. (...) Quanto mais essas pessoas possam razoavelmente lamentar que não tenham feito algo na vida, menor será o êxito total de sua vida.¹³⁵

¹³³ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 28/29. “No entanto, não se pode dizer se sua vida teve êxito ou fracassou na procura de valor apenas comparando suas realizações com qualquer meta definida dessa forma. Deve avaliar a própria vida como um todo para descobrir o valor que tem, e esse é um juízo que deve conter convicções que, por mais inarticuladas e por mais que a pessoa relute em confessá-las inarticuladas, são mais bem descritas como convicções filosóficas sobre o que pode dar significado ou valor a qualquer vida humana.” (Ibidem, pp. 29/30)

¹³⁴ Esse tipo de comparação, que segundo Dworkin induz a uma avaliação de êxito relativo, continua padecendo das mesmas dificuldades, em razão de que, por um lado, a tradução do que é *fracasso total ou parcial* e do que é *êxito total ou parcial* na satisfação de cada preferência varia de pessoa para pessoa, mesmo que elas tenham uma compreensão exata da significação desses conceitos; por outro, mesmo que se pressuponha que todas as pessoas *traduzam* igualmente esses conceitos, a consideração sobre se as pessoas satisfizeram total ou parcialmente suas preferências específicas (êxito parcial) torna a igualdade de êxito total sem sentido. E ainda que não se entenda que a igualdade de êxito total perde seu sentido, ela adquire um sentido pelo menos peculiar; por exemplo: mesmo que Fulano e Cicrano supostamente pudessem fazer uma comparação entre as vidas que têm e as que poderiam ter idealmente, se Fulano acha que tem uma vida real muito melhor do que a pior vida que consegue imaginar, e muito pior do que a melhor vida que consegue imaginar, e se Cicrano acha que tem uma vida real não muito melhor do que a pior vida que consegue imaginar, mas também não muito pior do que a melhor vida que consegue imaginar, seria preciso escolher qual destas concepções de melhor e pior resultado serviriam de parâmetro para pautar uma política de igualdade de bem-estar. Em suma, dos vários exercícios mentais feitos por Dworkin, nenhum deles conduz a uma hipótese em que se justifique transferir recursos de quem tem um maior índice de bem-estar para quem tem um índice menor, porque tais diferentes opiniões sobre o bem-estar ou mal-estar representam diferenças de convicções, mas não diferenças da vida em si: cada uma das avaliações que Fulano e Cicrano possam fazer entre a vida que têm e a que poderiam ter não são avaliações iguais, e nenhuma delas teria condições de orientar uma política que buscasse uma comparação do êxito total da vida de um com a do outro. Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 36-40.

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 41. Segundo Dworkin, ninguém pode *razoavelmente* lamentar não ter poderes sobrenaturais, ou não ter uma vida tão longa como a de Matusalém; “é possível lamentar-se razoavelmente por não ter tido os poderes normais [capacidades] ou a duração de vida normal que a maioria das pessoas tem.” Do mesmo modo, ninguém poderia *razoavelmente* lamentar não ter a fortuna que um dos maiores bilionários mundiais tem: “No entanto, as pessoas podem se lamentar, razoavelmente, por não ter uma parcela qualquer dos recursos materiais a que tem direito.” (Idem)

Isso lhe permite introduzir a noção de “lástima razoável”, como inerente a essa dimensão da avaliação do êxito – uma das poucas teorias do êxito total sensata. No entanto, mesmo uma teoria do êxito total como essa não teria condições de levar a efeito uma distribuição justa, ainda mais sem uma outra teoria, da qual em última análise fosse dependente. Conforme anota Dworkin, o problema é um tanto mais complexo:

Porém, qualquer teoria que torne essencial essa idéia deve conter, em sua definição de igualdade de êxito total, assunções sobre o que seria uma distribuição justa, e isso significa que não se pode usar a igualdade de êxito total para justificar ou constituir uma teoria da distribuição justa. Não quero dizer simplesmente que não se possa aplicar a igualdade de êxito em alguns casos sem que se tenha uma teoria independente da justa distribuição como complemento para tais casos. Se a questão fosse apenas essa, demonstraria somente que a igualdade de êxito total não poderia ser toda a história de uma teoria da distribuição. Não se pode estabelecer de modo algum a igualdade de êxito total como ideal atraente sem tornar central a idéia da lástima razoável. Todavia, essa idéia requer uma teoria independente das parcelas justas de recursos sociais (essa poderia ser, por exemplo, a teoria de que todos têm direito a uma parcela igual de recursos) que contradiria a igualdade de êxito total, não apenas em alguns casos, mas completamente.¹³⁶

Muitas diferenças na lástima razoável total das pessoas provêm de deficiências, reveses (azares), falta de ambição e esforço pessoais ou outras contingências, que estão fora do seu alcance.¹³⁷ Qualquer tentativa de igualá-las em bem-estar estará, portanto, fadada ao malogro.

Dworkin propõe então, à maneira de Rawls, uma teoria que procure igualar as pessoas em outras variáveis. Todavia, se bem que reconheça que o princípio da diferença de Rawls seja em última análise uma interpretação da igualdade de recursos, Dworkin entende que ele não identifica com exatidão quem seriam os menos favorecidos, além de não estar suficientemente elaborado para dar conta de diferenças entre as capacidades naturais das pessoas; demais disso, não se apresenta suficientemente sensível de maneira a igualar quem se encontre em qualquer nível acima da classe econômica em pior situação, e ignora igualmente outras escolhas fundamentais que as pessoas possam fazer (como serem mais esforçadas ou menos, terem gostos mais dispendiosos ou menos, serem mais consumistas ou menos, etc.)

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 42.

¹³⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 44.

que influem diretamente na forma como pode realizar com êxito o seu plano de vida.¹³⁸

Daí que formula uma teoria que – como ele mesmo afirma – “impõe, em vez de construir, um modelo fundamental de justiça”, rejeitando um *procedimento de justificação* apoiado no contrato e propondo a fundamentação de princípios políticos em uma ética liberal.¹³⁹

2.2 A justiça como igualdade responsável

Enquanto o utilitarismo igualitário procura dispensar *igual tratamento* às pessoas, Dworkin pensa que as pessoas devam ser *tratadas como iguais*.¹⁴⁰ De modo que dois princípios do individualismo ético são para ele fundamentais: o *princípio da igual importância* (ou *da igualdade de consideração e respeito*), segundo o qual é importante que uma vida seja bem-sucedida (em vez de desperdiçada), e isso igualmente para todas as vidas;¹⁴¹ e o *princípio da responsabilidade especial*, segundo

¹³⁸ Cf.: DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 148 *et seq.*; KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 90 *et seq.*; e GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*, pp. 67-68. Sobre uma resposta posterior de Rawls a essa crítica, cf. RALWS, John. *Justiça como Equidade*, pp. 81-86.

¹³⁹ Cf.: DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 155; e BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. *El igualitarismo liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, p. 49. Fica evidente, portanto, que Dworkin rejeita o tipo de argumentação kantiana, presente no Rawls de *Uma Teoria da Justiça* (e já não mais em *O Liberalismo Político*). Isso contudo não foi suficiente para que Ernst Tugendhat deixasse de o caracterizar – juntamente vários outros autores da tradição ética anglo-americana como Bruce Ackerman, Richard Hare (e o próprio Rawls, obviamente) – como um autor próximo a Kant, no campo da ética. Cf. TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre a Ética*, p. 215.

¹⁴⁰ Essa distinção entre *igual tratamento* (*equal treatment*) e *tratamento como igual* (*treatment as equal*) é corrente no pensamento de Dworkin. Ainda em *Levando os Direitos a Sério* Dworkin afirmou: *a igualdade de tratamento confere à pessoa “o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo”*; já *ser tratado como igual* implica no “direito, não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, pp. 349/350). Essa idéia está presente também em *A Virtude Soberana*, em que reafirma a diferença entre dar um *tratamento igualitário* às pessoas (no que se refere a mercadorias ou mesmo a oportunidades) e *tratá-las como iguais*: “Quem argumenta que as pessoas deveriam ser mais iguais quanto à renda afirma que a comunidade que alcança essa igualdade é a que realmente trata as pessoas como iguais. Quem afirma que as pessoas deveriam ser, pelo contrário, igualmente felizes oferece uma teoria diferente e adversária com relação a qual sociedade merece tal título.” (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 3/4). Dworkin entende que um “direito natural” à igual consideração e respeito está presente também na teoria da justiça como equidade, de Rawls. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, pp. 280/281.

¹⁴¹ Tal princípio não afirma que as pessoas não são iguais, ou que todas são igualmente racionais ou boas, ou que suas vidas vividas têm igualmente o mesmo valor: todo homem cria sua vida pelas suas obras, e algumas biografias possuem, de fato, muito mais valor que outras. Essa igualdade não se relaciona a nenhuma qualidade da pessoa, mas à importância de que toda vida tenha algum resultado, em vez de ser desperdiçada. Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. XV.

o qual, embora o sucesso de uma vida seja do interesse de todos, cada pessoa tem especial responsabilidade pelo sucesso de sua própria vida.¹⁴² Dworkin complementa:

O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinados conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos mais sensíveis às opções que fizeram.¹⁴³

O liberalismo ético-igualitário de Dworkin adota o que chama de *modelo do desafio*, segundo o qual uma vida é avaliada como boa se decorre da realização de um projeto de vida, que cada um escolhe para si. Trata-se – como afirmam Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo – “*de la idea de que una vida encuentra su valor en la destreza con la que se realiza el ejercicio de vivir, ejercicio que incluiría la reformulación misma del reto, del proyecto de buen vivir.*”¹⁴⁴

Para que todas as pessoas possam superar o desafio de viver bem uma vida, a teoria de Dworkin procura igualá-las não em bem-estar, mas nos recursos controlados por elas para que possam por si próprias realizar os seus planos e alcançar a felicidade. *Recursos* são para ele todos aqueles bens suscetíveis de apropriação privada, que funcionam como *meios* para a realização dos fins (preferências, desejos, interesses, enfim, o que acarreta o bem-estar) das pessoas; têm, portanto, valor instrumental, embora indispensável, para realização dos projetos de vida boa de cada um.¹⁴⁵

Para ser igualitária e justa, a distribuição destes recursos precisa passar no *teste da cobiça*, que se desenvolve em dois momentos: no primeiro (ideal), por sua aplicação inicial após a realização hipotética de um *leilão*, em que são distribuídos os

¹⁴² Tal princípio “[n]ão nega que a psicologia ou a biologia possam oferecer explicações causais convincentes sobre o motivo porque cada pessoa opta por viver como vive, nem que tais teorias recebam influência da cultura, da educação ou das circunstâncias materiais. O princípio é, pelo contrário, relacional: afirma enfaticamente que, quando é preciso optar com relação ao tipo de vida que a pessoa viva, dentro de qualquer escala de opções que lhes sejam permitidas pelos recursos ou pela cultura, essa pessoa é responsável por suas próprias escolhas.” (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. XVI)

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. XVII.

¹⁴⁴ BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. *El igualitarismo liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, p. 67. “*Dworkin se refiere a esta característica de la ética liberal con el término de la constituidad, que dentro de su teoría implica que una vida solamente es valiosa si quien ha formulado el proyecto la considera de esta manera. El valor, la bondad de una vida no podría ser independiente entonces, a la consideración que la persona que la vive hace de ella.*” (Idem).

¹⁴⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 7/8 e p 79; BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. *El igualitarismo liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, p. 56.

recursos igualmente; no segundo (já atado ao mundo real), depois que entra em funcionamento o mercado, pela aplicação dialógica ao longo da *história da comunidade*.¹⁴⁶

Dworkin imagina um grupo de náufragos que vai dar em uma ilha deserta com recursos abundantes; reconhecendo que não possuem direitos *a priori* sobre os recursos que a ilha oferece, esses imigrantes aceitam distribuí-los igualmente entre si. Para passar no *teste da cobiça*, é preciso que todos os imigrantes estejam contentes com os recursos que adquiriram ao cabo do leilão: “Nenhuma divisão de recursos será uma divisão igualitária se, depois de feita a divisão, qualquer imigrante preferir o quinhão de outrem ao seu próprio quinhão.”¹⁴⁷ O leilão se realiza mais ou menos da seguinte forma: um dos náufragos (“imigrantes”) é escolhido leiloeiro, e entrega a cada imigrante um número igual de fichas (conchas) para adquirirem os bens a serem leiloados, conforme seus projetos de vida boa;¹⁴⁸ em seguida, o leiloeiro divide os bens disponíveis em lotes e fixa preços para cada um, conforme as leis de mercado (oferta e procura); e o leilão se desenvolve e termina quando cada participante esteja satisfeito com o pacote de bens que tenha adquirido.¹⁴⁹ O esquema de distribuição através do leilão hipotético é justo porque cada participante tem liberdade para escolher seus recursos (bens), disputando-os entre si em condições de igualdade.

Ao proporcionar que os imigrantes comparem as escolhas por eles feitas com aquelas deixadas de lado (e escolhidas pelos outros), o leilão inicial permitirá mais tarde verificar o que Dworkin chama de *custos de oportunidade*, os quais funcionam como um critério, uma métrica para avaliar a igualdade de recursos.¹⁵⁰ Mas para tanto

¹⁴⁶ Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. *El igualitarismo liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, p. 64.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 81.

¹⁴⁸ As pessoas não ignoram, portanto, seus projetos de vida; não há véu da ignorância, à maneira da teoria da justiça como equidade de Rawls.

¹⁴⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 83/84 e BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. *El igualitarismo liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, pp. 68/69. Dworkin tem consciência da dificuldade de levar a termo um tal leilão, e afirma que se os lotes não forem vendidos de início, os imigrantes continuam livres para ajustar seus lances, bem como para pleitear um bem específico constante de um lote (que passa a constituir um lote à parte, sujeito a lances) até que todos os lotes estejam vendidos de maneira tal que um não inveje o pacote de recursos dos demais. Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 83/84.

¹⁵⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 104 *et seq.* “*Con él se pretende medir el valor de una alternativa elegida, comparando la decisión que efetivamente fue tomada con las que dejaron de tomarse.*”

é mister que a inveja depois do leilão seja testada desde uma perspectiva sinótica (isto é, de maneira geral, e não parcial), e diacronicamente (isto é, de maneira diferida no tempo, e não apenas em um momento dado): deve, assim, levar em conta não apenas os recursos financeiros, mas outros elementos (tempo, riscos, sacrifícios, etc.) que possam influenciar o bem-estar ao longo da vida inteira, e não apenas no final do mês. Por exemplo: depois do leilão, Beltrano resulta com um saldo financeiro menor que o de Cicrano; interrogado sobre se inveja os recursos de Cicrano, Beltrano poderia dizer que sim; mas se Beltrano puser na equação não apenas o saldo financeiro, mas o fato de que Cicrano deve trabalhar todos os dias até altas horas da noite, praticamente não dispensado atenção aos filhos nem tirando férias uma vez por ano, correndo elevados riscos em sua atividade (etc.), poderá então reconsiderar seu sentimento, concluindo que não inveja a vida levada por Cicrano e que a distribuição dos pacotes de recursos se acha igual.¹⁵¹ O leilão somente obterá um resultado igualitário quando ao final os custos de oportunidade dos recursos controlados por cada um dos participantes forem iguais;¹⁵² eles foram tratados com igual consideração e respeito já que cada um terá condições de viver a vida que planejou e escolheu, com a aquisição do pacote de bens sociais que melhor servem a seus planos.¹⁵³

O mercado já poderia entrar em funcionamento, com toda a complexidade de suas relações (trabalho, comércio, investimento) e com toda a dinâmica de atuação dos imigrantes, com todas as suas qualidades e contingências pessoais (talentos, saúde e deficiências, ambição, hábitos, sorte). Mas, conforme assinala Dworkin, “se [os naufragos] ficarem à vontade para produzir e fazer comércio como quiserem, em pouco tempo o teste da cobiça não terá mais êxito.”¹⁵⁴ Neste mundo regulado pelo

La decisión será correcta si, según los parámetros que ha fijado el individuo, es más valiosa que las opciones rechazadas.” (BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. *El igualitarismo liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, p. 70)

¹⁵¹ Bonilla e Jaramillo afirmam, nesse sentido, que a inveja deve ser testada *economicamente*, isto é, levando em conta a equação custo-benefício entre as escolhas, e não *psicologicamente*. Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. *El igualitarismo liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, p. 63.

¹⁵² Cf. BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. *El igualitarismo liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, p. 72.

¹⁵³ Cf. KYMLICKA, Filosofia Política Contemporânea, pp. 99/100.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana, p. 90/91. “Alguns podem ser mais talentosos que outros na produção daquilo que os demais desejam e vão barganhar para obter. Alguns podem gostar de trabalhar, ao passo que outros podem não gostar, ou preferir fazê-lo em atividades menos lucrativas. Alguns permanecerão saudáveis, ao passo que outros adoecerão, ou as fazendas de outros serão atingidas por raios, mas não as deles.

mercado, a igualdade de recursos enfrentaria problemas complicados.¹⁵⁵ Haveria situações de desigualdades decorrentes das próprias escolhas feitas pelas pessoas, no que concerne aos seus projetos de vida: por exemplo, enquanto o plano de vida de Fulano inclui, no aspecto profissional, o exercício de um alto cargo executivo numa grande empresa multinacional, o de Cicrano inclui o de um cargo no magistério em nível primário. Mesmo que os projetos de vida de Fulano e Cicrano incluíssem, no aspecto profissional, uma mesma atividade (plantar tomates, por exemplo), um pode ser muito mais ambicioso (esforçado) e ter hábitos muito mais comuns e frugais do que o outro, de maneira que com o tempo acabaria acumulando mais recursos. Em princípio, as pessoas devem ter igual liberdade para escolher seus planos de vida (se o quisessem, tanto Fulano deveria ter podido escolher ser professor primário como Cicrano um alto executivo), para determinar seus hábitos e ordenar seus esforços (tanto um como outro pode decidir ter hábitos mais ou menos dispendiosos e agir com maior ou menor esforço), assim como devem ser responsáveis por cada uma dessas decisões: o fato de uns acumularem mais bens que outros em razão disso não viola a igualdade de recursos e não justifica, só por si, a transferência de recursos de uns para outros. Mas um raciocínio simples assim implicaria em supor erroneamente que as pessoas têm sempre as mesmas *capacidades* naturais, quando é evidente que isso não ocorre (e tampouco a aplicação diacrônica do teste da cobiça soluciona esse problema).¹⁵⁶ Dworkin procura assim construir uma teoria que seja sensível às *ambições*, mas que não o seja em relação às *capacidades naturais*.¹⁵⁷

Por quaisquer desses e dezenas de outros motivos, algumas pessoas preferirão as parcelas de outras em, digamos, cinco anos, às suas próprias.” (Idem, p. 91)

¹⁵⁵ São vários os fatores que num mundo real acarretam desigualdade de recursos, valendo exemplificar: as escolhas sobre como ganhar a vida (algumas atividades são menos rentáveis que outras); a ambição (as pessoas se esforçam em graus diferentes no exercício de suas atividades e na satisfação de suas preferências e desejos); os hábitos gerais (uns têm gostos comuns ou frugais, enquanto outros têm gostos excêntricos ou dispendiosos); as capacidades (uns possuem déficits de capacidades ou *deficiências*, congênicas ou adquiridas, físicas ou psíquicas, enquanto outros possuem superávits de capacidades ou *talentos* natos físicos ou psíquicos, mais desenvolvidos ou menos). Dentre esses fatores, alguns justificam uma redistribuição de recursos, e outros não.

¹⁵⁶ No que concerne às capacidades naturais, parece haver entre elas uma diferença de grau, que vai desde um extremo negativo (um déficit de capacidade, uma *incapacidade* ou deficiência, congênita ou adquirida) a um extremo positivo (um superávit de capacidade, uma *super capacidade* ou talento nato ou desenvolvido). Dworkin afirma expressamente que a aplicação diacrônica do teste da cobiça não soluciona a desigualdade de talentos, mas é silente quanto a se soluciona ou não a desigualdade de deficiências. Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 107.

¹⁵⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 113; KYMLICKA, Filosofia Política Contemporânea, p. 101.

Algumas pessoas possuem déficits de capacidades naturais (as *deficiências*), que exigem maior parcela de recursos para que possam levar adiante seus projetos de vida. Portanto, é preciso assegurar que mais tarde, depois do leilão, sejam mantidas as “circunstâncias corretas”, o que exige um mecanismo que permita compensar as desigualdades naturais que seja compatível com a igualdade de recursos e com a liberdade de escolha e a responsabilidade dos indivíduos sobre como viver.¹⁵⁸ Dworkin então incorpora ao leilão um mercado hipotético de *seguros* contra deficiências naturais (físicas e psíquicas) das pessoas – o que para ele é, afinal, uma questão de sorte ou revés. Há dois tipos de sorte: a *sorte por opção*, que se relaciona a um risco de ganhar ou perder específico, calculado e aceito pelo apostador (por exemplo, investir na Bolsa de Valores, jogar na loteria, etc.); e a *sorte bruta*, que se relaciona a um risco que não deriva de nenhuma escolha deliberada (por exemplo, catástrofes naturais, desenvolver uma doença grave, etc.). O diferencial é a possibilidade de escolha de um tipo de risco, e não de outro.¹⁵⁹ O seguro seria uma forma de converter um tipo de sorte em outro, “pois a decisão de comprar ou rejeitar um seguro contra catástrofes é uma aposta calculada.”¹⁶⁰ Segundo Dworkin, se todos corressem o risco de sofrer determinadas deficiências físicas ou mentais a partir de uma determinada altura da vida, e supondo-se que tais deficiências permanecessem sempre em um mesmo nível determinado, seria lícito supor que todos os imigrantes comprariam um seguro com cobertura suficiente (para este nível): o prêmio pago por todos formaria um fundo que compensaria a perda daqueles que viessem a adquirir a deficiência.¹⁶¹

¹⁵⁸ “En la formulación de Dworkin, la intervención del Estado deberá estar orientada simplemente hacia la configuración de las circunstancias correctas, es decir, la actuación del Estado debe encaminarse hacia la realización del principio igualitario abstracto concretado en los principios políticos de la igualdad de recursos, la libertad y la comunidad. Toda forma de paternalismo estatal debe ser rechazada por quienes adopten la ética liberal de Dworkin.” (BONILLA, Daniel; JARAMILLO, Isabel Cristina. *El igualitarismo liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, p. 73)

¹⁵⁹ Não significa que não haja situações difíceis de definir. “Obviamente” – assinala Dworkin – “a diferença entre essas duas formas de sorte pode ser representada como uma questão de grau, e podemos não ter certeza quanto a forma de descrever determinado revés. Se alguém teve câncer no decorrer de uma vida normal e não houve nenhuma decisão em especial que indicasse uma aposta no risco da doença, podemos dizer que a pessoa sofreu de má sorte bruta. Mas, se a pessoa fumava muito, então talvez seja preferível dizer que fez uma aposta e perdeu.” (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 91)

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 91.

¹⁶¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 97. “Seria sensato (pelo menos como um resumo prático periódico de argumentação) atualizar a nossa história dos imigrantes. Para complementar o leilão, agora eles criam um mercado hipotético de seguros que instalam por meio de seguros compulsórios para todos a preço fixo, conforme as especulações sobre o que o imigrante normal compraria como seguro, se os riscos antecedentes de diversas deficiências tivessem sido as mesmas.” (Ibidem, p. 101)

É importante observar que se as deficiências naturais autorizam a transferência de recursos aos deficientes – na medida em que dificultam a realização dos seus projetos de vida –, isso não ocorre, por exemplo, quando hábitos mais dispendiosos acarretam semelhante dificuldade, mesmo que a pessoa não quisesse ter tais hábitos justamente por tornarem sua vida mais difícil: ainda que pudesse haver um tipo de seguro contra esse tipo de vício ou compulsão, para Dworkin é improvável que as pessoas o adquirissem, em razão do alto valor do prêmio.¹⁶²

Para ele, a igualdade de recursos – obtida pelo leilão e corrigida pelo mercado de seguros a fim de suprir as deficiências naturais – ainda assim pode ser perturbada pelo funcionamento do mercado econômico.¹⁶³ Não é apenas o déficit o que pode afetar a igualdade de recursos a ponto de fazê-la reprovar no teste da cobiça, mas também o superávit de capacidade (os *talentos*). Dworkin rejeita uma “teoria da justiça da linha de largada”, segundo a qual é justo que as pessoas, iniciando com recursos iguais e desde que não roubem umas às outras, conservem o que ganham dali em diante por meio de seu próprio talento; essa teoria, muito próxima do liberalismo clássico e do libertarianismo, é incompatível com a concepção de justiça da teoria da igualdade de recursos.¹⁶⁴ Para esta, segundo Dworkin, se a justiça exige um leilão igualitário no início, deve exigir um novo leilão igualitário de vez em quando, exigência essa que remete à necessidade de um esquema tributário adequado.¹⁶⁵

Devemos voltar-nos, portanto, para uma idéia mais conhecida: a redistribuição periódica dos recursos por meio de algum imposto de renda. Convém elaborar um esquema de redistribuição, na medida do possível, que neutralize os efeitos dos talentos diferentes, mas preserve as conseqüências da escolha de ocupação segundo a noção que a pessoa tem do que deseja fazer da vida, escolha essa

¹⁶² Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 101-104, especialmente p. 103. Dworkin anota que podem existir deficiências graves que nenhuma redistribuição de recursos poderia igualar. Kymlicka também faz mesma observação. Cf.: DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 101; e KYMLICKA, Filosofia Política Contemporânea, p. 102.

¹⁶³ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 104.

¹⁶⁴ “A teoria da linha de largada afirma que a justiça requer recursos iniciais iguais. Mas também afirma que a justiça requer *laissez-faire* a partir de então, talvez segundo alguma versão da teoria lockeana de que as pessoas adquirem propriedades mesclando seu trabalho com os bens, ou algo parecido. Porém esses dois princípios [o justiça da linha de largada e o da igualdade de recursos] não podem conviver em harmonia.” (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 110).

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 111.

que é mais dispendiosa para a comunidade do que a escolha que um outro faz.¹⁶⁶

Não apenas um sistema tributário, mas inclusive a organização de ações estatais que redistribuam adequadamente os recursos sociais (habitação, trabalho e previdência social, saúde, educação, etc.), seriam os sucedâneos reais do leilão e do mercado de seguros hipotéticos. Dworkin reconhece, contudo, a dificuldade de traduzir sua teoria para a prática, e que a rigor nenhuma teoria (nem mesmo a sua) será capaz de lidar de maneira perfeita com as desigualdades naturais e sociais. Como quer que seja, ela é importante como modelo ideal, por proporcionar a comparação entre a situação concreta da organização estatal e de suas ações com os resultados que o modelo ideal pretende realizar.

2.3 Dignidade e direitos como "trunfos"

Dworkin formula sua *teoria política* de maneira que ela possa localizar-se no âmbito de uma teoria mais geral sobre os valores humanitários da ética e da moralidade, em que valores fundamentais como a democracia, a liberdade e a igualdade sejam compatíveis entre si, e em que todos estejam comprometidos com os valores de uma vida humana e da responsabilidade de cada um em descobrir o que de mais valioso a sua própria vida pode ter.¹⁶⁷

Embora Rawls tivesse procurado eliminar os efeitos nefastos do liberalismo pela introdução de uma "cláusula de igualdade" no seu esquema de princípios, mantendo, contudo, a liberdade em primeiro plano, Dworkin vai mais longe e inverte essa ordem de precedência: o conceito chave de seu pensamento é a igualdade. Diz ele:

Presumo que todos aceitamos os seguintes postulados de moral política. O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 115/116. Dworkin afirma que seria útil poder identificar em qualquer momento na riqueza de uma pessoa o quanto ela decorre de puro talento e o quanto é devida em razão do esforço (ambição) pessoal, mas reconhece que isso é a rigor impossível, em razão da interferência recíproca de ambos fatores (*Ibidem*, p. 116).

¹⁶⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. XIV.

capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e com igual respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão.¹⁶⁸

Há diferença, segundo ele, entre dar um tratamento igualitário às pessoas (no que se refere a mercadorias ou mesmo a oportunidades), e tratá-las como iguais. Argumentar que as pessoas devem ser mais iguais quanto à renda equivale a afirmar que a comunidade que alcança essa igualdade realmente trata as pessoas como iguais. Por outro lado, argumentar que as pessoas devem ser igualmente felizes consiste em afirmar algo diferente. A questão que Dworkin se coloca então é: qual a melhor teoria?¹⁶⁹ Propõe ele que o direito de ser tratado como igual deva ser fundamental para uma concepção liberal de igualdade, do qual derivam diferentes direitos a liberdades (desde que compatíveis com a igualdade) que somente podem ser restringidos por meios muito restritos de justificação, dos quais ele identifica pelo menos dois: os argumentos de princípio e os de política. Os *argumentos de princípio* visam proteger um direito específico de uma pessoa prejudicado pelo exercício da liberdade de outra. Os *argumentos de política (policies)* podem ser de dois tipos: argumentos de política *utilitarista*, que visam limitar um direito de uns em favor de um maior benefício para um maior número de pessoas; e os argumentos de política *ideais*, que visam limitar um direito de uns em favor de um maior benefício à comunidade em si, aproximando-a de uma comunidade ideal. A rigor, o liberalismo somente pode admitir argumentos de política ideais, e ainda assim desde que a idéia não seja controversa na comunidade (no sentido de que a política promove determinadas formas de vida e não outras).¹⁷⁰

É diante dessa possibilidade de limitação abusiva que tem valor a idéia de trunfo. “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 419.

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana, pp. 3/4.

¹⁷⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, pp. 421/422.

ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.”¹⁷¹ Dworkin concebe duas formas de direitos políticos: (i) os *direitos preferenciais*, que prevalecem contra as decisões tomadas pela comunidade ou sociedade como um todo (vontade da maioria); (ii) os *direitos institucionais*, mais específicos, que prevalecem contra decisões tomadas por uma dada instituição específica.¹⁷²

Ele adota um conceito forte de direitos, no sentido de proporciona às pessoas exigir do Estado (da maioria) uma determinada ação ou omissão, por ser a moralmente certa.¹⁷³ A previsão de direitos exercitáveis contra o governo torna muito mais difícil e problemática a sua tarefa de promover o bem-estar geral, e seria frivolidade prever tais dificuldades e problemas não fosse uma finalidade mais nobre. Para Dworkin, levar os direitos a sério significa um compromisso forte com pelo menos duas idéias chave: a dignidade humana e a igualdade política. Pela primeira, é defeso tratar uma pessoa de maneira incompatível com o seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana na qual ele se insere, porquanto isso se afigura profundamente injusto. Pela segunda, mesmo os indivíduos mais frágeis da comunidade têm direito à mesma consideração que os mais poderosos, todas devendo ter o mesmo poder de decisão sobre as decisões que afetam a coletividade.¹⁷⁴

Assim, se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens. A instituição de direitos baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que vale a pena arcar com o custo adicional, em política social e eficiência, necessário para impedir sua ocorrência.¹⁷⁵

Para ele, a principal parte do Direito (*law*), que define e executa políticas públicas (nos âmbitos internacional, social, econômico, ambiental, etc.) não é neutra, e representa normalmente a opinião da maioria sobre a minoria. É justamente a garantia

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. XV

¹⁷² “Os direitos jurídicos podem ser identificados como uma espécie particular de um direito político, isto é, um direito institucional a uma decisão de um tribunal e sua função judicante.” (DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana, p. XV)

¹⁷³ Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 218.

¹⁷⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, pp. 305-306.

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 306.

de direitos (*rights*) o que representa a esperança às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas.¹⁷⁶

3 O BOM E O JUSTO NO LIBERALISMO IGUALITÁRIO: O ESTADO PAUTADO PELA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS

Evidentemente que há diferenças – por vezes significativas – entre os vários liberalismos, inclusive dentro da vertente igualitária. Considerando apenas os dois autores representativos dessa corrente, basta ver, por exemplo, como Rawls e Dworkin concebem a relação entre ética, política e direito (*law*). Em Rawls, há uma muito maior separação entre o público e o privado, por conta da adoção de uma base de argumentação contratual (mesmo sendo o seu contratualismo de um tipo moral, à maneira de Kant, e entendido apenas como um recurso argumentativo passível de ser acionado a qualquer momento); segundo este argumento, o contrato é uma derivação da reflexão racional prática ou moral de pessoas que, através do correto uso da razão prática (isto é, sem nenhum conteúdo empírico), celebram o contrato por terem chegado, entre idas e vindas na busca do equilíbrio refletido, aos mesmos princípios políticos. Claro que Rawls não ignora que as pessoas se movimentam num espaço comum e que mantêm crenças e valores compartilhados (suposição essa que é fundamental em determinado momento de sua teoria). Mas o recurso ao contrato permite à razão justamente se despir temporariamente desses dados empíricos. “*El contrato social aparece entonces como una mera idea regulativa, que servirá para legitimar el contenido de la legislación externa (heterónoma).*”¹⁷⁷ No contratualismo de Rawls, pela construção da posição original sob o véu da ignorância, todas as pessoas chegariam aos mesmos princípios de justiça.¹⁷⁸ Já Dworkin adota uma perspectiva diferente. Ele entende que do argumento contratual deriva uma *descontinuidade* entre ética e política, razão pela qual discorda do esquema de

¹⁷⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 314.

¹⁷⁷ BONILLA, Daniel e JARAMILLO, Isabel Cristina. *El Igualitarismo Liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, p. 46.

¹⁷⁸ BONILLA, Daniel e JARAMILLO, Isabel Cristina. *El Igualitarismo Liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, pp. 46-48.

separação entre esfera pública (fundamentada na idéia de contrato), e esfera privada (fundamentada nas concepções de vida boa individuais), propondo então um “liberalismo contínuo”, do qual resulta a fundamentação dos *princípios políticos liberais* em uma *ética assumidamente liberal*. Em relação a Rawls, Dworkin queima uma etapa: ele não precisa do contrato para chegar aos princípios de justiça; diferentemente, assume diretamente que todos “aceitam” os princípios liberais. Em face dessa sua perspectiva – segundo antevê o próprio Dworkin – poderiam ser formuladas algumas objeções: (i) a legitimação dos princípios políticos liberais seria mais débil, na medida em que depende de as pessoas se reconhecerem como liberais éticos; (ii) seria mais difícil justificar a neutralidade do Estado, pois acolher uma ética liberal implica em rejeitar éticas diferentes. Contra isso, Dworkin supõe que todos concordam com a ética por ele proposta, logrando alcançar sobre ela um consenso que, malgrado perca um pouco em universalidade, ganha por outro lado em plausibilidade; e aduz que a ética que adota é bastante abstrata, em ordem tal a abranger uma multiplicidade de perspectivas morais individuais, não podendo o Estado (ou a maioria governante, que expressa a vontade estatal) ajuizar sobre qual concepção de vida boa é melhor que outra.¹⁷⁹

De uma maneira geral, os liberais consideram que toda pessoa é provida de uma esfera de autodeterminação que deve ser respeitada. Assim, para um adulto, no pleno gozo de suas faculdades mentais, o direito de autodeterminar as decisões importantes da própria vida é inviolável – embora isso, por si só, não seja garantia de que a pessoa tenha condições de fazer de sua vida algo valioso. A única maneira de se respeitar as pessoas como seres plenamente morais é, destarte, permitir que tenham liberdade para essa autodeterminação.¹⁸⁰ Duas pré-condições relacionadas à liberdade são necessárias para a concretização do auto-interesse essencial em conduzir bem a própria vida: (i) a *liberdade de escolha*, que permite conduzir a vida em conformidade com as próprias crenças, donde a preocupação liberal com as liberdades civis e

¹⁷⁹ Cf.: DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 261 *et seq.*; BONILLA, Daniel e JARAMILLO, Isabel Cristina. *El Igualitarismo Liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, pp. 49-50; e LOIS, Cecilia Caballero. Prefácio. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.); LEITE, Ricardo Basilone (Col.). *Justiça e Democracia: entre universalismo e comunitarismo – a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da Justiça*. São Paulo: Landy, 2005, p. 31 *et seq.*

¹⁸⁰

Cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 254 *et seq.*

personais; (ii) e a *liberdade crítica*, que permite questionar as próprias crenças à luz de outros dados e informações proporcionados pela cultura, donde a preocupação liberal igualitária com a educação, a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade artística, etc.¹⁸¹

O reconhecimento de determinados direitos fundamentais inerentes à liberdade traz consigo duas conseqüências muito caras ao liberalismo, ambas inter-relacionadas. Por um lado, do reconhecimento de direitos resulta uma hierarquização *a priori* de alguns valores: em Rawls, a igualdade de liberdade e de oportunidade; em Dworkin, a igualdade de tratamento ou igualdade de consideração e respeito. O justo é o que respeita a *esses* super-valores morais ou éticos, que precedem e predeterminam outros, relativamente menos importantes.¹⁸² Por outro, faz-se mister uma dada concepção de Estado, que se organize e funcione de maneira a respeitar e promover tais direitos, tratando a todos com igual consideração e respeito (isto é, tomando com igual consideração e respeito os diferentes projetos de vida de cada um), sem justificar as suas próprias ações com base num juízo de superioridade-inferioridade entre diferentes concepções da vida boa e sem tentar deliberadamente influenciar os juízos de valor das pessoas sobre tais diferentes concepções.¹⁸³

Deriva imediatamente daí a exigência do reconhecimento de uma série de direitos às pessoas, que funcionem, de um lado, como limites à atuação potencialmente abusiva do Estado e, de outro, como diretrizes para sua atuação promocional – independentemente do que seja considerado o bom para a coletividade. O sentido deontológico do reconhecimento e da prioridade de direitos exige do Estado decisões e ações no sentido de respeitá-los e promovê-los, independentemente dos resultados que

¹⁸¹ Cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, pp. 259-261.

¹⁸² Bonilla e Jaramillo afirmam que a *continuidade* entre ética e política de Dworkin implica em que ele abandona a pretensão de que o justo precede o bem, de vez que busca uma relação fundamental (e não a separação ou descontinuidade) entre um e outro, segundo a qual o justo decorre do bem. Cf. BONILLA, Daniel e JARAMILLO, Isabel Cristina. *El Igualitarismo Liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, pp. 41 e 51. Contudo, nessa relação de *fundamentalidade* da política na ética liberal, parece resultar que de toda forma os super-valores éticos liberais (o justo) não apenas precedem como determinam as demais decisões políticas quanto aos demais valores (o bom), subsistindo, destarte, uma certa hierarquia. O próprio Dworkin afirma a “prioridade ética da justiça (...) em relação à política”. Cf.: DWORKIN Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 326-329; LOIS, Cecília Caballero. Prefácio. In: LOIS, Cecília Caballero (Org.); LEITE, Ricardo Basillone (Col.). *Justiça e Democracia*, p. 37. No fim, portanto, de certa maneira, o justo precede o bem.

¹⁸³ Cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 261.

possam advir à sociedade como um todo: os *direitos* de alguns não podem ser sacrificados em favor de *benefícios* para os demais.

Outras correntes, no entanto, postularão que os valores mais importantes não são *a priori* definidos (quer com base numa ética universal, como em Rawls, quer com base em uma ética culturalmente liberal, embora bastante ampla e abrangente, como em Dworkin), senão que são relativos e devem ser construídos, ou pela tradição, ou pela ação política, em consideração ao que é *melhor* para a coletividade.

II. AS RÉPLICAS COMUNITÁRIAS

Em despeito de seus méritos, o liberalismo igualitário fomentou a partir de Rawls o desenvolvimento de uma série de teorias críticas. O principal confronto se deu com o *comunitarismo*.

Conforme anota Gargarella, a divergência entre liberais e comunitaristas resgata um debate filosófico mais antigo travado entre Kant e Hegel. Enquanto Kant defendia a idéia da existência de certas obrigações universais que deveriam prevalecer sobre as contingenciais, derivadas dos laços comunitários, Hegel invertia esta formulação e dava prioridade às obrigações derivadas dos laços comunitários. E enquanto Kant defendia a idéia de autonomia da vontade, Hegel sustentava que a realização plena do indivíduo se dava através da sua integração na comunidade.¹⁸⁴

Há, na verdade, vários comunitarismos; não se trata de uma concepção teórica homogênea.¹⁸⁵ Mas, não obstante divirjam entre si, é possível identificar um núcleo de críticas comuns dirigidas ao liberalismo igualitário. Essas críticas dizem respeito: à concepção de Estado (neutro ou não) e à forma pela qual ele relaciona o justo e o bom (precedência dos direitos em relação ao bem comum ou o contrário); à concepção de sociedade (atomista ou holista) e à concepção de indivíduo (pessoa formal ou constituída de fins); e à forma pela qual se consideram os valores sociais (universalmente em teoria, ou relativamente na prática).¹⁸⁶

É importante observar que, malgrado tanto o comunitarismo como o utilitarismo tenham em comum a importância dada à categoria do bem – em contraposição aos liberalismos, que priorizam a categoria do justo e do direito –,

¹⁸⁴ GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*, p. 137. Segundo Alfredo Gomez-Muller, na verdade o comunitarismo “pode se ligar ao mesmo tempo à tradição aristotélica da *vida boa* ou da felicidade, à tradição hegeliana, e mais recentemente à hermenêutica filosófica contemporânea.” (GOMEZ-MULLER, Alfredo. *Os comunitaristas e a crítica ao individualismo liberal: Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer*. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). *História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil*, p. 652)

¹⁸⁵ Cf.: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*, pp. 137/138; e FORST, Rainer. *Contextos da Justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 10.

¹⁸⁶ Rainer Forst distingue quatro planos teórico-conceituais, nos quais as críticas se alocam – a teoria da pessoa (relacionada à concepção de sujeito), a teoria do direito (relacionada à neutralidade ou substancialidade dos princípios da justiça), a teoria política (relacionada à força ética e integradora das concepções de grupo social) e a teoria moral (relacionada ao universalismo ou contextualismo da moral) – e observa que estão uns imbricados nos outros. Cf. FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*, p. 11.

ambos divergem em que o utilitarismo (à semelhança do liberalismo) supõe uma concepção atomizada de sociedade, enquanto o comunitarismo a considera como um todo orgânico (concepção holista).¹⁸⁷

1 A ÉTICA DAS VIRTUDES DE ALASDAIR MACINTYRE

Uma das respostas à crise da racionalidade moderna foi dada em 1981 por Alasdair MacIntyre, com a publicação de *Depois da Virtude (After Virtue)*. Segundo Ernst Tugendhat, “[e]ste livro é talvez o mais rigorosamente pensado de todo um gênero que rejeita não só o programa kantiano, mas todas as tentativas de uma moral iluminista.”¹⁸⁸

Tugendhat identifica duas linhas críticas à ética iluminista e ao programa da modernidade que tem em Kant seu maior expoente: (i) teorias que, à maneira de Kant, embora não se satisfaçam com a plausibilidade do imperativo categórico, ainda recorrem a uma forma de fundamentação absoluta, amparada em algum conceito de razão; (ii) e as demais teorias anti-kantianas, que podem se situar em três posições, a saber: (a) numa *posição moral tradicionalíssima*, hoje já desacreditada na medida em que supõe que o conteúdo da moralidade é ditado de alguma maneira autoritária (Deus, natureza); (b) numa *posição iluminista mínima*, que não faz suposições transcendentais mas tampouco se contenta com uma forma contratualista de justificação moral; (c) numa *posição anti-moderna* ou *conservadora*, que não crê numa autoridade moral mas pondera as vantagens do poder autoritário.¹⁸⁹ Nesta última posição da segunda linha crítica, que remonta a Hegel, Tugendhat localiza as críticas comunitaristas e indica

¹⁸⁷ Cf.: SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self. Political Theory*, v. 12, n. 1, pp. 81-96, fev.1984, p. 90; e TOURAINE, Alain. O que é a Democracia? Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 121.

¹⁸⁸ TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre a Ética, p. 212.

¹⁸⁹ TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre a Ética, pp. 213-215. Tugendhat acha importante distinguir bem a moral tradicionalíssima (a) da moral conservadora (c): “Quem tem uma moral tradicionalíssima *acredita* na autoridade para ela vigente. A posição conservadora, ao contrário, é por sua vez um fenômeno especificamente moderno, porque ela, tampouco quanto as posições iluministas, não *acredita* em uma autoridade mas apenas reflete sobre as vantagens do autoritário; daí ser ela ou instrumentalista ou nostálgica. As posições conservadoras não são pré-iluministas como as tradicionalísticas, mas antiiluministas, e como as vantagens por elas apontadas se encontram no enquadramento e uma moral e pressupõem por seu turno a fé, é difícil ver o que elas têm em vista positivamente, na medida em que não querem simplesmente voltar à fé.” (TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre a Ética, p. 215)

como seus principais representantes Michael Sandel, Charles Taylor e, como figura de maior destaque, MacIntyre.¹⁹⁰

A hipótese levantada por MacIntyre é a de que no mundo moderno a filosofia moral se situa numa situação de desordem.¹⁹¹ A compreensão da moralidade é fluida; os discursos éticos divergem acerca de qual a melhor decisão ou ação tomar diante de dada situação, numa discordância tão interminável quanto estéril em razão da “incomensurabilidade” dos conceitos que compõem as premissas maiores dos diversos argumentos concorrentes.¹⁹² Não obstante, ele acredita ser possível reconstruir uma narrativa sobre a verdadeira história da moralidade, no âmbito da qual os argumentos seriam bem diferentes.

1.1 As críticas anti-iluministas de MacIntyre

O projeto epistemológico de MacIntyre consiste, por um lado, em narrar de trás para frente a história da decadência da moral moderna – regredindo das atuais teorias emotivistas até o programa iluminista (nesse caminho colhendo o utilitarismo e o liberalismo) – para finalmente alcançar uma época mais remota onde se radica a tradição moral de origem clássica, a qual, por outro lado, ele procura reconstruir historicamente desde então até hoje.

Grosso modo, o declínio histórico da moral perpassa por três momentos: antes, a tradição antiga abrigava uma teoria e uma prática morais dotadas de impessoalidade

¹⁹⁰ TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre a Ética, p. 216.

¹⁹¹ Para tanto, ele se vale da seguinte metáfora envolvendo as ciências naturais. Supõe, primeiramente, uma catástrofe que abala profundamente as ciências naturais: culpados por toda uma série de calamidades, os cientistas são assassinados, seus laboratórios são incendiados e todo o seu acervo bibliográfico e seu aparato instrumental são destruídos; um grupo político (chamado “Nenhum saber”) assume o poder e imediatamente expurga dos currículos escolares as disciplinas do ensino científico e aprisionam alguns cientistas restantes. Passado esse período dantesco, a tentativa de reabilitar o conhecimento científico se depara com uma dificuldade: os cientistas não sabem mais o que ela tinha sido. O que possuem são apenas fragmentos: “conhecimento dos experimentos isolados do contexto teórico que lhes dava significado; partes de teorias que possuem desvinculadas seja de outros fragmentos de teoria que possuem, seja de experimentos; instrumentos cujo uso foi esquecido; capítulos de livros pela metade, páginas soltas de artigos, nem sempre legíveis porque estão rasgadas e chamuscadas.” Tomando estes diferentes fragmentos das teorias do passado como premissas, os homens de então extrairiam conclusões dissonantes e defenderiam novas teorias diferentes num debate absolutamente estéril, na medida em que os contextos que davam significado às descobertas do passado foram perdidos. Para MacIntyre, a filosofia moral atual se encontra no mesmo estado de arte que as ciências naturais, na situação hipotética de sua narrativa. Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude: um estudo em teoria moral*. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica de Helder Buenos Aires de Carvalho. Bauru: Edusc, 2001, pp. 13-15.

¹⁹² Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 21 *et seq.*

e objetividade, que conferiam racionalidade às normas, ações e decisões particulares, bem como a sua justificação; a partir do Iluminismo, a objetividade e a impessoalidade dos juízos morais, bem como a sua possibilidade de apresentar justificações racionais, se degradam continuamente; atualmente, o emotivismo conquistou ampla aceitação “devido a um reconhecimento geral implícito na prática, embora não na teoria explícita, de que não se pode garantir a objetividade e a impessoalidade.”¹⁹³

O emotivismo – anota MacIntyre – é uma teoria acerca do significado dos enunciados que emitem juízos morais. Segundo essa teoria, quando alguém diz que algo é moralmente bom, está na verdade querendo dizer “Eu aprovo isso; aprove também.”¹⁹⁴ Dela resulta que todos os juízos de valor (inclusive os juízos morais) são apenas manifestações de preferências momentâneas: “O emotivismo, portanto, fundamenta-se na afirmação de que toda tentativa, passada ou presente, de oferecer justificativa racional para uma moralidade objetiva fracassou.”¹⁹⁵ O moralmente certo ou errado, o justo ou o injusto, são, no fim das contas, objeto de puro arbítrio.

A maior crítica que MacIntyre faz ao emotivismo diz com o “eu” suposto pela teoria emotivista. Para ele, o *eu* individual desempenha determinados *papéis sociais*, a alguns dos quais ele atribui a qualificação de *personagens culturais*. Personagens são as “representantes morais de suas culturas”, são as “máscaras usadas pelas filosofias morais”; nelas, há uma fusão da personalidade do *eu* com o *papel* da personagem, de maneira que as possibilidades de ação passam a estar definidas de maneira mais limitada do que em geral.¹⁹⁶ Contudo, o eu emotivista moderno não tem limites externos as suas ações e decisões, pois qualquer limite somente poderia advir de critérios racionais de avaliação, os quais estão ausentes na teoria emotivista: “Ser um agente moral é, neste caso, poder afastar-se de qualquer situação em que se esteja

¹⁹³ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 42/43.

¹⁹⁴ Cf.: MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 42/43; TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre a Ética, p. 216.

¹⁹⁵ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 44.

¹⁹⁶ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 59. Nem todo papel social desempenhado pelo eu (indivíduo) representa uma *personagem*, ou pelo menos, não o representa de igual forma. Em muitos casos, os *papéis sociais* não se fundem à personalidade do indivíduo e, conseqüentemente, existe uma série de níveis de dúvida, compromisso, interpretação ou cinismo entre o eu e o seu papel; na personagem, ao contrário, os papéis e o eu não apenas se encontram fundidos como os requisitos da personagem resultam de imposições externas, em decorrência de como o meio social a considera e a utiliza para entender as pessoas. Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 58-60. Ainda, segundo ele: “Tanto os indivíduos quanto os papéis, como os *personagens*, podem incorporar, e incorporam crenças, doutrinas e teorias morais, mas cada um o faz à sua própria maneira.” (Ibidem, pp. 61/62)

envolvido, de toda e qualquer característica que possua, e emitir um juízo sobre ela de uma perspectiva universal e abstrata totalmente destacada de qualquer particularidade social. Qualquer pessoa pode, então, ser um agente moral, porque é no eu, e não nos papéis ou nos costumes sociais que deve residir o agir moral.”¹⁹⁷ Esse eu totalmente vazio e abstrato, despido de qualquer racionalidade histórica, desprendido dos laços sociais que o envolvem – em suma, carente de qualquer *identidade social* –, poderia assumir qualquer papel, transformar-se em qualquer personagem.¹⁹⁸

Em seu regresso histórico até o iluminismo, MacIntyre encontra o antecedente mais próximo do emotivismo atual em Soren Aabye Kierkegaard, com quem a ética deixou de ser racional para se tornar acentuadamente voluntarista ou decisionista.¹⁹⁹ O pensamento de Kierkegaard por sua vez deita suas raízes em Kant, que rejeitava tanto a idéia de que a moral fosse informada pelo desejo que conduz à felicidade (como defendiam os empiristas) como a de que fosse amparada pela fé (como defendia a tradição religiosa pré-moderna); não a paixão ou o desejo, não a fé, mas apenas a razão é que determinaria o moralmente correto, o justo.²⁰⁰ De Kant, MacIntyre retrocede a David Hume e Denis Diderot, que apelavam aos desejos e paixões como fundamentos da ação moral.²⁰¹ Todos eles tinham em comum o projeto de construir argumentos válidos que passassem de premissas referentes à *natureza humana* (conforme cada um a entendia) às conclusões sobre a autoridade das *normas e dos preceitos morais*. Esses projetos estavam desde o início fadados ao malogro em razão da discrepância insuperável entre os *conceitos de normas e preceitos morais*, bem como de *natureza humana*.²⁰² Todos seriam herdeiros de uma tradição anterior, a cujo esquema

¹⁹⁷ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 65. Essa crítica ao emotivismo é extensiva a todas as teorias individualistas (liberalismos e utilitarismos).

¹⁹⁸ Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 67/68.

¹⁹⁹ Segundo MacIntyre, “a doutrina de *Ou, ou* deixa claro que os princípios que expressam o modo de vida ético devem ser adotados sem razão nenhuma, mas por uma opção que se encontra além da razão, apenas porque ela é a escolha do que conta para nós como uma razão.” (MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 83)

²⁰⁰ Cf.: MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 85-89 e TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre a Ética, pp. 231/232. Kant torna *imperativo* uma idéia mais tarde suscetível de perda pelo decisionismo de Kierkegaard e pelo agir instrumental e manipulativo do emotivismo: a de que o homem é sempre fim em si, e jamais meio.

²⁰¹ Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 91 *et seq.*

²⁰² Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 99. “Suas principais premissas caracterizariam algum traço, ou traços, da natureza humana; e as normas da moralidade seriam, então, explicadas e justificadas como sendo as regras que se poderia esperar que o ser possuidor de tal natureza aceitaria. Para Diderot e Hume, as características importantes da natureza humana são características das paixões; para Kant, a característica

conceitual, estrutural e operacional deram continuidade de maneira imperfeita. Para MacIntyre, a moral não pode ser uma questão de simples decisão (Kierkegaard), nem pode fundamentar-se exclusivamente na razão (Kant) e tampouco nos desejos (Hume e Diderot): é preciso uma argumentação moral diferente.

Assim ele alcança o período pré-moderno, cujo esquema moral (a partir do século XII até a idade moderna) era impregnado de conceitos da sabedoria clássica e teísta. Sua estrutura fundamental deriva de Aristóteles, distinguindo o *homem-como-ele-é* do *homem-como-poderia-ser-se-realizasse-sua-natureza-essencial*; a ética era a ciência que procurava capacitar o homem a transitar do “estado de potência” (*homem-como-ele-é*) para o “estado de ação” (*homem-como-poderia-ser-se-realizasse-sua-natureza-essencial*): os preceitos que impunham a prática das virtudes, e em contrapartida proibiam os vícios, tinham justamente a finalidade de proporcionar aos homens a realização de seu verdadeiro fim, sua verdadeira natureza, sua essência.²⁰³

Eis, portanto, três elementos: a *natureza-humana-em-seu-estado-sem-instrução*; os *preceitos da ética racional*, aplicados à prática cotidiana, corroborados não apenas pela idéia aristotélica de erro como pela idéia teísta de pecado; e *natureza-humana-como-poderia-ser-se-realizasse-seu-telos*. Só que a modernidade opera uma mudança no conceito de razão, que não permite compreender o verdadeiro *telos* humano, sendo impotente para corrigir paixões e desejos: “A razão não compreende essências ou transições da potência ao ato” – observa MacIntyre. “Além disso, a ciência anti-aristotélica impõe limites rígidos aos poderes da razão. A razão é calculadora; sabe avaliar verdades de fato e relações matemáticas, porém nada mais. No campo da prática, portanto, só sabe falar de meios. Precisa calar-se no tocante a fins.”²⁰⁴ No esquema moral moderno, formado apenas por dois elementos – a *natureza-humana-em-seu-estado-sem-instrução* e os *preceitos da ética racional* – a

importante da natureza humana é o caráter universal e categórico de certas normas da razão. (Kant, naturalmente, nega que a moralidade ‘se baseie na natureza humana’, mas o que ele quer dizer com ‘natureza humana’ é apenas o lado fisiológico, não-racional, do homem). Kierkegaard não tenta mais justificar a moralidade, mas sua explicação tem, precisamente, a mesma estrutura da compartilhada pelas explicações de Kant, Hume e Diderot, exceto que onde apelam às características das paixões ou da razão, ele apela ao que acredita serem características das decisões fundamentais.” (Ibidem, p. 98)

²⁰³ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 100.

²⁰⁴ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 102.

moral deixa de ter um fundamento heterônomo (nos fins, externos ao indivíduo) para adquirir uma fundamentação autônoma (internamente, na razão individual).²⁰⁵

Fiel à tradição aristotélica clássica, MacIntyre defende um “conceito funcional de homem”. Conceitos funcionais não podem ter significação dissociada de suas finalidades ou funções essenciais. O homem tem uma natureza, uma essência, ou uma finalidade ou função essencial, de maneira que ser *homem* implica em *viver bem* (tanto quanto ser *harpista* implica em *tocar bem harpa*), desempenhando um conjunto de papéis cada um dos quais com seu propósito específico (membro de família, cidadão, soldado, profissional, crente, etc.).²⁰⁶ Aqui reside a questão essencial da moralidade: “O pressuposto desse uso de ‘bom’ é que todo tipo de objeto que seja apropriado para se dizer que é bom ou ruim – pessoas e atos, inclusive – tem, de fato, alguma finalidade ou função específica. Dizer que um determinado ato é justo ou certo é dizer que ele é o que um homem bom faria em tal situação.”²⁰⁷ Isso implica em extrair conclusões normativas válidas (isso é bom ou isso é ruim) de premissas factuais (isso atende ou isso não atende sua finalidade ou função específica). MacIntyre não vê nisso nenhum problema.

Assim, para MacIntyre, a modernidade atual não possui mais um programa moral unitário. O que corriqueiramente se chama de “pluralismo” é para ele nada mais que uma mistura desarmônica de fragmentos mal-organizados de conceitos herdados do iluminismo, que informam as premissas dos argumentos de conteúdo moral na atualidade;²⁰⁸ desse desacordo moral, em que medra o emotivismo, é que decorre a arbitrariedade dos pontos de vista morais. No plano político, um sintoma da dualidade identitária (indivíduo moral e indivíduo social) se reflete em duas teorias “incomensuráveis” que disputam preferências: a que defende a soberania da liberdade e autonomia individuais (liberalismos); e a que defende a soberania do aparelho burocrático que visa limitar interesses individuais diversos e contrapostos em favor de

²⁰⁵ Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 103.

²⁰⁶ Cf.: MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, pp. 109/110 e ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção Os Pensadores, v. IV. Tradução de Leonel Vallandro e Gerard Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 54 *et seq.*

²⁰⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 111.

²⁰⁸ Cf.: MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 28 e TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre a Ética*, p. 226.

alguma forma de coletivismo (utilitarismos).²⁰⁹ Além de incomensuráveis externamente uma com a outra, essas teorias são incomensuráveis internamente.

Com efeito, a principal crítica ao utilitarismo – que historicamente, segundo MacIntyre, se situa a meio caminho entre o emotivismo e o iluminismo – é a de que a idéia de prazer ou de felicidade humanas não são idéias unívocas, e não podem destarte funcionar como critérios para as escolhas morais fundamentais: “prazeres diferentes e felicidades diferentes são, em grande parte, incomensuráveis: não existem escalas de qualidade ou quantidade para avaliá-los.”²¹⁰

O mesmo se passa com o liberalismo. A partir de um exemplo hipotético, MacIntyre compara especificamente o *libertarianismo* de Robert Nozick com o *liberalismo igualitário* de Rawls: enquanto o primeiro defende a superioridade (ou a “preferência”) do princípio da propriedade, o segundo empresta maior valor ao da distribuição aos mais desfavorecidos. “Mas a nossa cultura pluralista não tem método de avaliar, não tem um critério racional para julgar reivindicações com base em direito de propriedade legal contra reivindicações com base na necessidade. Assim esses dois tipos de reivindicações são, de fato, como afirmei, incomensuráveis, e a metáfora de ‘pesar’ reivindicações morais não é apenas inadequada, mas enganosa.”²¹¹

Essa incomensurabilidade entre utilitarismos e liberalismos (tanto internamente como externamente) advém especialmente de uma concepção mecanicista da sociedade, que prioriza os indivíduos e a satisfação de seus interesses, enquanto a sociedade fica relegada a segundo plano.²¹² Segundo MacIntyre, essa preocupação dos indivíduos com os próprios interesses, contrários ou concorrentes com os interesses dos demais, impõe limites aos laços sociais e produz uma sociedade essencialmente atomizada: a sociedade moderna acaba se transformando num conjunto de estranhos buscando satisfazer os próprios desejos e aspirações, debaixo de mínimas restrições. “Não é de surpreender” – complementa ele – “que, em consequência disso,

²⁰⁹ Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 70/71. Embora não o diga expressamente, parece lícito identificar o liberalismo e o utilitarismo (enquanto forma de controle em favor da coletividade) como as teorias que *emotivamente* disputam preferências. (Ibidem, p. 115)

²¹⁰ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 118 e pp. 128/129.

²¹¹ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 412/413.

²¹² “Os indivíduos estão, assim, (...), em primeiro lugar e a sociedade em segundo lugar, e a identificação dos interesses individuais antecede a criação de quaisquer laços morais ou sociais entre eles, e também é independente dessa criação.” (MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 419)

suas opiniões excluam qualquer explicação da comunidade humana, na qual a noção de mérito em relação às contribuições para as tarefas comuns de tal comunidade na busca de bens comuns pudesse servir de base para juízos acerca da virtude e da injustiça.”²¹³

As sociedades modernas se acham permeadas de reivindicações sociais que postulam soluções políticas divergentes entre si. Diversas teorias morais modernas formulam princípios divergentes (como por exemplo, os princípios utilitaristas da maior utilidade total ou da maior utilidade média, ou os princípios liberais da propriedade justa ou da justa distribuição) que visam responder de maneira mais correta moralmente a essas reivindicações. Entretanto, as concepções de justiça dessas diversas teorias refletem um profundo desacordo moral, não tendo a cultura pluralista moderna qualquer método ou critério racional que permita avaliar qual das “incomensuráveis” argumentações, correspondentes a tais concepções, deveria ao cabo prevalecer.²¹⁴ Fragmentos da tradição (os conceitos de virtude, a importância do mérito decorrente de ações virtuosas, etc.), presentes nas reivindicações sociais, disputam espaço com conceitos inventados na modernidade (direitos, utilidade, etc.) – e vivem sob constante ameaça em razão da busca de um consenso moral impossível.²¹⁵ Uma vez que a sociedade moderna não pode alcançar o consenso moral, MacIntyre critica a sugestão de Dworkin de interpretar a função da Suprema Corte como sendo a de determinar um conjunto de princípios morais coerentes que devam balizar leis e decisões.²¹⁶ Para ele, a função da Suprema Corte deve ser a de “manter a paz entre grupos sociais rivais que aderem a princípios rivais e incompatíveis de justiça, exibindo uma equidade que consiste em imparcialidade em suas adjudicações.”²¹⁷

²¹³ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 420.

²¹⁴ Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, pp. 412/413.

²¹⁵ Mesmo não rejeitando o programa marxista, MacIntyre afirma que “Marx estava fundamentalmente certo ao ver o conflito, e não o consenso, no âmago da estrutura social moderna. Não se trata apenas de vivermos excessivamente segundo uma diversidade e multiplicidade de conceitos fragmentados; é que eles são usados ao mesmo tempo para expressar ideais e políticas sociais rivais incompatíveis e para nos oferecer uma retórica política pluralista cuja função é ocultar a profundidade de nossos conflitos.” (MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, pp. 423/424)

²¹⁶ Sobre a interpretação moral da Constituição, cf.: DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 1-59; e DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 128 *et seq.*

²¹⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 424.

Tanto o conceito de direitos naturais das teorias liberais quanto o conceito de utilidade dos utilitarismos não passam, para MacIntyre, de *ficções morais*: acreditar neles seria o mesmo que acreditar em bruxas e unicórnios:²¹⁸

O conceito de direitos foi criado para servir a um grupo de finalidades como parte da invenção social do agente moral autônomo; o conceito de utilidade foi inventado para outro grupo de finalidades bem diferentes. E ambos foram elaborados numa situação que exigia artefatos substitutos para os conceitos de uma moralidade mais antiga e mais tradicional, substitutos que precisavam ter um caráter radicalmente inovador para transmitir a impressão de realizar suas novas funções sociais.²¹⁹

Ficções morais consistem apenas numa vã tentativa de oferecer um critério impessoal e objetivo para as decisões, pondo em evidência o fenômeno da incomensurabilidade de premissas contrárias.

1.2 O bem comum apreendido na narrativa histórica da tradição social

Depois de desconstruir o que acredita ser a situação da moral moderna, MacIntyre procura reconstruí-la a partir de um conceito histórico de virtude.²²⁰ Esse resgate histórico possui basicamente em três momentos distintos. O primeiro, com Homero: a virtude é o que capacita a pessoa a exercer fielmente o que um papel social bem-definido exige.²²¹ Assim, o conceito de *o que deve fazer uma pessoa que exerça determinado papel* é anterior ao conceito de *virtude*. O segundo, com Aristóteles, para quem as virtudes se relacionam às pessoas como tais (e não aos papéis sociais por elas exercidas): “É o *telos* da espécie humana que determina quais qualidades humanas são

²¹⁸ Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 127. Segundo MacIntyre, Dworkin argumenta que o fato de não se poder demonstrar a existência de tais direitos naturais não significa que tais direitos não existam. Ele reconhece a veracidade desse argumento, mas observa que um argumento idêntico poderia servir para sustentar a existência de bruxas e unicórnios. (Idem).

²¹⁹ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 120.

²²⁰ “Convicto de ter demonstrado a inconsistência de todos os programas éticos do iluminismo, MacIntyre se prepara para seu passo seguinte e decisivo em sua história da decadência: os conteúdos, pelos quais se orientavam as diversas éticas do iluminismo, seriam, em sua origem, e por conseguinte em seu sentido, restos irrefletidos da tradição aristotélica, enriquecida pelo cristianismo. Eles remeteriam por isso, por si mesmos, para lá e só se deixam entender em seu sentido último pelo retorno a esta tradição.” Mas – na crítica de Tugendhat – “MacIntyre não dá pontos de referência concretos para sua notável tese de que a tradição aristotélica constitui o reservatório material para os programas das éticas iluministas, e certamente também não existem.” (TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre a Ética, pp. 232/233)

²²¹ Por exemplo, para o papel de rei-guerreiro, Homero prescreverá como principais aquelas virtudes que o capacitam para a luta e a guerra. Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 309/310.

virtudes.”²²² Em Aristóteles o exercício das virtudes atua como *meio* para *fins*, desde uma perspectiva interna; meios e fins mantêm uma relação interna quando os segundos não puderem ser caracterizados adequadamente sem que se recorra a uma caracterização dos primeiros, de maneira que o conceito de *vida boa* (o bem, o *telos*) antecede o de *virtude*.²²³ O terceiro, já na modernidade, com Benjamin Franklin, que também identifica o exercício das virtudes como meio para fins, só que numa perspectiva externa: “O fim para o qual o cultivo das virtudes contribui é a felicidade, mas felicidade entendida como êxito, prosperidade na Filadélfia e, por fim, no céu”, de modo que aqui é o conceito de bem antecede ao de virtude.²²⁴

A partir dessas três caracterizações históricas da virtude, MacIntyre encontra um elemento nuclear comum: em todas elas, a virtude é sempre um conceito secundário em relação a um outro conceito primário. Em Homero, ele secunda o conceito de *papel social*; em Aristóteles, ele secunda o conceito de *vida boa para o homem*; em Franklin, ele secunda o conceito de *utilidade*.²²⁵ A partir daí, expõe um conceito tridimensional de virtude: a primeira dimensão conceitual se relaciona às *práticas* (e se vincula à idéia de *papéis sociais*); a segunda, à *narrativa de uma vida em sua unidade* (e se vincula à idéia de uma *vida boa para um homem*); e a terceira, a uma *tradição moral* (e se vincula à idéia de bem de uma comunidade).²²⁶

²²² MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 310.

²²³ MacIntyre transita também pelo conceito de virtude subjacente ao Novo Testamento e em Tomás de Aquino. Em despeito das diferenças, um e outro se assemelham ao conceito aristotélico, no sentido de que a virtude é o que capacita a pessoa a realizar o seu *telos*. O que varia são os conteúdos dos *telos*: em Aristóteles, é a vida boa; no Novo Testamento e em Tomás de Aquino, é uma conquista natural ou sobrenatural. Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 311/312.

²²⁴ Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 312. Trata-se, portanto, de um tipo de utilitarismo que identifica o bem-estar com algum tipo de êxito, e não com um dado estado de consciência.

²²⁵ Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 314.

²²⁶ Cf.: MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 314/315; HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 127; CARVALHO, Helder Buenos Aires. Comunidade moral e política na ética das virtudes de Alasdair MacIntyre. *Ethic@*, Florianópolis, v. 6, n. 4, pp. 17-30, ago.2007, pp. 18-19. José Ingenieros também apresentou, em belíssimas palavras, uma noção tridimensional de virtude, variável social e historicamente: “Cada momento da História requer certa forma de santidade que seria estéril, se não fosse oportuna, pois as virtudes vão-se modelando nas variações da vida social. No amanhecer dos povos, quando os homens vivem lutando desarmados com a natureza avara, é indispensável ser fortes e valentes, para impor a hegemonia ou assegurar a liberdade do grupo. Nesse momento, a qualidade superior é a excelência física e a virtude da coragem se transforma em culto de heróis, equiparados aos deuses. A santidade está no heroísmo. Nas grandes crises de renovação moral, quando a apatia ou a decadência ameaçam dissolver um povo ou uma raça, a virtude que se destaca entre todas é a integridade do caráter, que permite viver ou morrer por um ideal fecundo para o engrandecimento comum. A santidade está no apostolado. Nas civilizações plenas, mais serve à humanidade quem descobre uma nova lei da natureza ou ensina a dominar alguma de suas forças do que quem sobressai por seu temperamento de herói ou de apóstolo. Por isso, o prestígio cerca as virtudes intelectuais. A santidade está na sabedoria. Os ideais éticos não são exclusivos dos sentimentos religiosos; não o é a virtude nem

MacIntyre empresta um significado próprio ao que chama de *prática*:

(...) qualquer forma coerente e complexa de atividade humana cooperativa, socialmente estabelecida, por meio da qual os bens internos a essa forma de atividade são realizados durante a tentativa de alcançar os padrões de excelência apropriados para tal forma de atividade, e parcialmente dela definidores, tendo como consequência a ampliação sistemática dos poderes humanos para alcançar tal excelência, e dos conceitos humanos dos fins e dos bens envolvidos.²²⁷

A virtude relacionada a ela seria “*uma qualidade humana adquirida, cuja posse e exercício costuma nos capacitar a alcançar aqueles bens internos (...) e cuja ausência nos impede, para todos os efeitos, de alcançar tais bens.*”²²⁸

Talvez o mais importante aspecto do conceito de prática seja o de que os bens perseguidos lhe são *internos*.²²⁹ “*Con ellō*” – observa Manuel Herrera Gómez – MacIntyre “*no pretende afirmar que en principio el bien sea algo indicativo (algo que, por otra parte, estaría en contradicción con su crítica a lo emocional), sino que la experiencia del bien práctico es algo originario y específico, es un dato, en buena*

a santidade. Sobre cada sentimento eles podem florescer. Cada época tem seus ideais e seus santos: heróis, apóstolos ou sábios.” (INGENIEROS, José. O Homem Mediocre. Tradução de Alvanísio Damasceno. Curitiba: Livraria do Chain, [s/d], pp. 103/104)

²²⁷ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 316. Em outra obra, MacIntyre afirma: “Cada um de nós aprende como articular a própria capacidade inicial para compreender o que o bem é enquanto ao mesmo tempo aprende com os outros sobre regras e sobre virtudes, e então, através de um processo dialético de questionamento acerca da forma como regras, virtudes, bens e o bem estão inter-relacionados, nós gradualmente logramos entender a unidade das estruturas dedutivas da razão prática.” (MACINTYRE, Alasdair. *The privatization of good: an inaugural lecture. Review of Politics*, v. 52, pp. 344-361, Summer 1990 [tradução livre]).

²²⁸ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 321 (itálico nos originais do autor).

²²⁹ MacIntyre dá um exemplo eloquente sobre a diferença entre os bens internos e externos. Ele convida a imaginar uma criança inteligente, porém desinteressada, a quem se quer ensinar a jogar xadrez; essa criança gosta de doces, mas tem poucas condições de consegui-los. Pode-se incentivá-la a jogar xadrez prometendo dar-lhe \$ 0,50 em doces por partida, mais \$ 0,50 caso vença: esses são *bens externos* que a criança visará obter; ela vai entrar no jogo e vai entrar para ganhar; tem, por isso, boas razões inclusive para trapacear. Contudo, haverá um momento em que a criança encontrará os *bens internos* à prática do jogo xadrez, como sejam o desenvolvimento de uma capacidade analítica especialíssima, de uma excelente imaginação estratégica, etc., que só a prática do xadrez permite obter: a descoberta, a aquisição e o gosto por estes bens farão a criança tentar ganhar de maneira justa, porque saberá ela que se estiver trapaceando, enganará a si própria, e não ao seu oponente. Os *bens externos*, quando conquistados, sempre ingressam na esfera de domínio de alguém, e diminuem a quantidade total remanescente disponível para aquisição de terceiros; são, destarte, *bens particulares*, objeto de concorrência entre as pessoas. De seu turno os *bens internos*, mesmo quando adquiridos por alguns, não esgotam ou diminuem a possibilidade de terceiros adquiri-los, e essa aquisição de bens internos individualmente é benéfica para a comunidade como um todo; são, por isso, considerados *bens comuns*. Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 316/317e pp. 320/321.

*medida cultural, objeto de una específica reflexión, jamás deductible a priori de una concepción del ser.”*²³⁰

Por outro lado, uma prática é sempre um empreendimento cooperativo, com padrões impessoais próprios de excelência e obediência a partir dos quais as ações individuais dos praticantes são avaliadas. O ingresso nelas traz implícita a idéia de justiça, na medida em que exige que se saiba *o que* é devido – ou “merecido” (a idéia de *mérito* ocupa lugar especial no pensamento de MacIntyre) – *a quem*.²³¹ Ademais, uma prática tem sempre uma dimensão histórica: ela não é algo de momento, definitivo; ao contrário, resulta de uma evolução e implica em uma inter-relação entre os praticantes de agora com os praticantes do passado.²³²

No entanto a prática virtuosa ou viciada de uma pessoa não pode ser avaliada apenas de *per se*, isoladamente. Um mesmo indivíduo poderia se envolver em duas práticas ou mais, cuja ventura em uma implicaria em desventura na outra: a avaliação de sua ação em uma ou outra isoladamente lançaria MacIntyre em sua própria armadilha, já que ambas seriam “incomensuráveis”. Seria preciso ascender a uma perspectiva superior, a um *telos* mais amplo, que permitisse avaliar o desempenho de uma vida inteira em sua unidade – o que conduz à segunda dimensão do conceito de virtude.²³³

Isso supõe, contudo, uma concepção diferente de identidade, cuja unidade é apanhada na história “que une o nascimento à vida e à morte em forma de narrativa com começo, meio e fim.”²³⁴ Em princípio, há *critérios de identidade estrita* (ou a pessoa é herdeira de uma fortuna, ou não é), que não admitem meio termo; e há

²³⁰ HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 128. Herrera Gómez complementa: “*la teoría que toma como objeto la práctica siempre es una reflexión sobre una concreta experiencia práctica pre-teórica del bien a realizar, ubicada en formas sociales históricamente determinadas y que revelan en la lógica de su desplegarse una inmanente racionalidad. O objetivo de la teoría es hacer coherente y justificar (si es posible) esta racionalidad.*” (Idem)

²³¹ Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 323.

²³² MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 326.

²³³ Cf. CARVALHO, Helder Buenos Aires. *Comunidade moral e política na ética das virtudes de Alasdair MacIntyre*, p. 19. MacIntyre identifica dificuldades de ordem social e filosófica em se considerar uma vida como um todo. A dificuldade social reside em que a vida moderna é vivida de maneira segmentada (o trabalho fica afastado do lazer, a vida privada da vida pública, a infância e a velhice são tratadas diferentemente das demais fases, etc.). As dificuldades filosóficas decorrem: primeiro, de uma forma atomista de conceber as ações humanas, isoladas uma da outra; depois, em razão da concepção de identidade da pessoa, totalmente apartada dos papéis sociais que exerce, e que destarte jamais poderá portar as “virtudes aristotélicas.” Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 344.

²³⁴ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 345.

continuidades psicológicas da personalidade, “que são uma questão de mais ou menos” (um homem de 50 anos é mais ou menos o mesmo homem que era quando tinha 40). Os filósofos nesse tema divergem: empiristas (Hume e Locke) tentaram explicar a identidade em termos estritamente psicológicos, enquanto os racionalistas (Descartes, Kant) se apegam à identidade estrita; ambos deixam de lado o aspecto histórico, que é justamente o que confere unidade a uma vida (e à identidade dessa vida). Para MacIntyre, o eu habita um ser que representa uma personagem única; ele adota um “conceito narrativo de pessoa”, cuja identidade em sua unidade se constrói desde o nascimento até a morte.²³⁵

Seriam aspectos de uma identidade construída narrativamente a *inteligibilidade* da vida e a *responsabilidade* por tudo o que nela acontece.²³⁶ Todas as ações praticadas por uma pessoa ao longo de sua vida são consideradas inteligíveis – isto é, dotadas de sentido e havidas como de sua responsabilidade – em vista da conjugação de três principais fatores:²³⁷ primeiro, os seus objetivos (“intenções” ou *telos*), de curto e de longo prazos, articulados uns em relação aos outros causal e temporalmente; segundo, as suas crenças; e terceiro, os entornos (“cenários” ou *locus*) em que as ações se desenvolvem.²³⁸ Mas o que articula todos esses fatores intencionais (as intenções) e sociais (as crenças e cenários) é um quarto fator, histórico: a narrativa; é fundamentalmente ela que, articulando todos os demais fatores, empresta inteligibilidade a uma vida.

Nesse contexto, a linguagem (conversa) assume papel fundamental. A conversa é um *ato dramático* em que as pessoas são atores e co-autores e a história é uma *narrativa dramática encenada*, em que as personagens não atuam desde o início, mas mergulham (a partir de quando nascem) em meio a uma trama já forjada em co-

²³⁵ Cf.: MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, pp. 364-365; GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*, p. 147.

²³⁶ Outro aspecto da identidade mencionado por MacIntyre seria a *criticidade*, que permite ao agente sempre questionar os demais. Com isso, MacIntyre, que rejeita o programa marxista, aparentemente procura contornar o problema da alienação gerado pelo liberalismo clássico e identificado pelo próprio marxismo. Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 365.

²³⁷ Sobre o conceito de inteligibilidade, cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 60 e especialmente p. 352.

²³⁸ Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, pp. 346-350. MacIntyre usa “cenário” num sentido bastante amplo: tanto pode ser uma instituição como uma prática. O que é importante é que este cenário também tenha uma história dentro da qual a história do agente se situe e a partir da qual possa ser inteligível, o que remeta à terceira dimensão de virtude, conforme visto adiante. (*Ibidem*, p. 347)

autoria por todos aqueles que atuaram antes: “Subimos num palco que não criamos e nos surpreendemos participando de uma ação que não foi criação nossa.”²³⁹ Faz parte das narrativas o caminharem sempre em direção a um futuro incerto, imprevisível, bem como serem informadas por algum *telos*, alguma concepção compartilhada de futuro.²⁴⁰

A par dessa concepção de identidade, MacIntyre apresenta o conceito de virtude em sua segunda dimensão (complementar à primeira), relacionada à *narrativa de uma vida*:

As virtudes, portanto, devem ser compreendidas como disposições que, além de nos sustentar e capacitar para alcançar os bens internos às práticas, também nos sustentam no devido tipo de busca pelo bem, capacitando-nos a superar os males, os riscos, as tentações e as tensões com que nos deparamos, e que nos fornecerão um autoconhecimento cada vez maior, bem como um conhecimento do bem cada vez maior. O catálogo das virtudes, incluirá, portanto, as virtudes necessárias para sustentar as espécies de lares e de comunidades políticas nas quais os homens e mulheres podem procurar o bem juntos, e as virtudes necessárias para a investigação filosófica sobre o caráter do bem.²⁴¹

A terceira dimensão da virtude é aquela que não pode ser apreendida individualmente: não basta apenas o reconhecimento de uma identidade social à pessoa; trata-se mais amplamente de reconhecer uma identidade social própria às contingências sociais em que as pessoas se encontram. Toda pessoa, quando nasce, herda de sua família, de seu clã, de sua tribo, de sua cidade, de sua nação, um pacote de débitos, patrimônio, expectativas e obrigações legítimas, que constituem elementos de sua vida, o seu ponto de partida moral.²⁴² “Logo, o que sou é, fundamentalmente, o que herdei de um passado específico que está presente até certo ponto no meu presente. Descubro que faço parte de uma história e isso é o mesmo que dizer, em

²³⁹ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 354-361, especialmente p. 359.

²⁴⁰ Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 362.

²⁴¹ Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 367.

²⁴² Cf. MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 369/370. Esse entendimento é totalmente contrário às teorias individualistas (o liberalismo, especialmente), para as quais o indivíduo sempre mantém sua autonomia, podendo, se quiser, questionar o que entende ser características sociais contingentes da existência. Aqui, uma pessoa não pode ser responsabilizada pelos atos de outra: o filho biológico de um pai homicida não pode ser responsabilizado pelos atos do pai, a menos que decida assumir essa responsabilidade; uma nação não pode ser responsabilizada pelos atos do Estado do qual são cidadãos; as atuais gerações não seriam jamais responsáveis pelos atos das gerações anteriores. Para MacIntyre, da concepção narrativa do eu resulta que “a história da minha vida está sempre contida na história das comunidades que deram origem à minha identidade. Nasci com um passado; e tentar me isolar desse passado, à maneira individualista, é deformar meus relacionamentos presentes.” (Ibidem, p. 370).

geral, quer eu goste ou não, quer eu reconheça ou não, que sou um dos portadores de uma tradição.”²⁴³

Para isso, exige-se uma virtude adicional, “a virtude de ter uma noção adequada das tradições às quais se pertence ou com as quais se depara”.²⁴⁴ A terceira dimensão do conceito de virtude, portanto, diz com o sentido de pertencimento a uma dada tradição, a uma dada comunidade.

1.3 Justiça como moral e moral como cultura

A teoria de MacIntyre é relativa num duplo sentido. Ele entende não apenas que a moral deve ser entendida *historicamente*, isto é, como produto de uma evolução; entende também que ela deve ser apreendida *sociologicamente*, posto que é sempre inerente à história de uma dada comunidade, a uma dada cultura.²⁴⁵

O que determina o *agir* ou o *não agir* e o *como agir* não são princípios *a priori* concebidos por alguma forma de razão abstrata – como é corrente na idéia de justiça das teorias liberais. A moral para MacIntyre é um produto social, forjado intersubjetivamente pelos indivíduos no contexto das práticas sociais; ela se fundamenta numa racionalidade eminentemente cultural. Só a vida em comunidade é que proporciona compreender e entender a racionalidade das ações humanas.²⁴⁶

Uma vez que a moralidade é indissociável da cultura, não é possível que existam instituições sociais ou culturais *neutras* do ponto de vista moral. O conhecimento do bem moral está estritamente vinculado às práticas sociais e institucionais comunitárias, da mesma forma que a prática (entendida como realização

²⁴³ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 372. Uma tradição viva é “uma argumentação que se estende na história e é socialmente incorporada, e é uma argumentação, em parte, exatamente sobre os bens que constituem tal tradição. Dentro de uma tradição a procura por bens atravessa gerações, às vezes muitas gerações. Portanto, a procura individual do próprio bem é, em geral e caracteristicamente, realizada dentro de um contexto definido pelas tradições das quais a vida do indivíduo faz parte, e isso é verdadeiro com relação aos bens internos às práticas e também aos bens de uma única vida.” (Ibidem, pp. 373/374)

²⁴⁴ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, pp. 374/374.

²⁴⁵ TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre a Ética, p. 216. A dimensão *sociológica* da argumentação moral de MacIntyre é mais evidente na primeira dimensão das virtudes, enquanto vinculada às práticas cooperativas, ao passo que a dimensão *histórica* dessa argumentação o é na segunda e na terceira dimensão das virtudes, enquanto vinculadas à narrativa da identidade pessoal e da tradição comunitária.

²⁴⁶ Cf. HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 131. “Resumiendo, el individuo en cuanto que participa en una práctica recibe de la práctica la compartida tanto la percepción articulada del fin a alcanzar como la capacidad de individualizar los medios necesarios para alcanzarlo.” (Ibidem, p. 132)

de ações humanas em um mundo contingente) sempre implica uma concepção precisa de bem: a tarefa do filósofo é explicitar as diferentes concepções de bem de tal maneira a poder defini-lo como possível de ser universalmente aceitável e compartilhado pela comunidade.²⁴⁷ Na tradição aristotélica que MacIntyre procura resgatar, o exercício da virtude instrui as pessoas a considerar como seu próprio bem (desejos, preferências, interesses, fins) aquilo que é um bem para todos os que vivem na mesma comunidade (interesse público, finalidade ou bem comum).²⁴⁸

Nesse contexto, é importante dissociar *práticas* de *instituições*: as instituições (um clube de xadrez, um laboratório, um hospital, uma organização estatal) são os espaços em que as práticas (o jogo de xadrez, o estudo da física, o exercício da medicina, a atuação política) se desenvolvem. Enquanto as práticas se ocupam de bens internos, as instituições se ocupam dos bens externos, normalmente relacionados à obtenção de recursos e demais instrumentos que dão suporte às práticas. Uma e outras mantêm estreita relação: segundo MacIntyre, as instituições “estão estruturadas em termos de poder e *status*, e distribuem dinheiro, poder e *status* como recompensas”, de maneira que as práticas estão sempre vulneráveis à competitividade e à ganância que emulam, donde a importância das virtudes; por outro lado, a criação e o sustento da comunidade e, logo, das instituições comunitárias, consistem em práticas, que entretém uma relação peculiar com as virtudes.²⁴⁹

A *justiça* é apenas uma das virtudes – ao lado da *coragem* e da *sinceridade* – e se apresenta como um conceito relativo às práticas sociais (às práticas *políticas*, inclusive).²⁵⁰ Ela é uma necessidade da própria convivência intersubjetiva. MacIntyre, contudo, não lhe empresta nenhum conteúdo substancial, a não ser por relacioná-la com o *mérito*. O seu comunitarismo reserva um importante papel a essa noção – algo

²⁴⁷ HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 123.

²⁴⁸ Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, pp. 383/384. Tais bens não podem estar sujeitos a apropriação privada.

²⁴⁹ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, pp. 326/327.

²⁵⁰ “Pertence ao conceito de prática conforme o defini (...) que seus bens só possam ser adquiridos por meio da nossa própria subordinação, dentro da prática, no relacionamento com outros praticantes. Precisamos aprender a reconhecer o que é devido a quem; temos de estar preparados para correr os riscos exigidos ao longo do caminho; e temos de ouvir com atenção o que nos dizem sobre nossas próprias inadequações, e reagir com a mesma atenção aos fatos. Em outras palavras, temos de aceitar, como componentes necessários de qualquer prática com bens e padrões internos de excelência, as virtudes da justiça, da coragem e da honestidade, pois não aceitá-las (...) impede-nos de alcançar os padrões de excelência ou os bens internos à prática, tornando-a sem sentido, a não ser como um recurso para alcançar bens externos.” (MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, pp. 321/322)

que nem as teorias utilitaristas nem as liberais levam a sério: “A justiça requer que tratemos os outros com relação ao mérito ou demérito segundo padrões uniformes e impessoais; afastar-se dos padrões de justiça em alguma situação define nosso relacionamento com tal pessoa como de certa forma especial ou distinto.”²⁵¹ O mérito de cada um, contudo, somente pode ser apreendido objetivamente através das práticas. Conforme observa ele mais adiante, “a noção de mérito só faz sentido no contexto de uma comunidade cujo vínculo principal seja um entendimento em comum tanto do bem para o homem quanto do bem da comunidade, e onde os indivíduos identifiquem seus interesses principais com relação a esses bens.”²⁵² A liberdade em MacIntyre se assemelha à liberdade dos antigos: é tomada como a possibilidade que todos têm de participar de uma modalidade específica de prática – a saber, a prática política. Mas a instância limitadora da política não é uma moral abstrata, e sim uma moral concreta apreendida na tradição cultural de cada povo.²⁵³

2 AS VÁRIAS ESFERAS DA JUSTIÇA SEGUNDO MICHAEL WALZER

Alguns autores que discutem as críticas comunitárias ao liberalismo igualitário não incluem Michael Walzer entre os comunitaristas.²⁵⁴ É possível que isso ocorra porque o comunitarismo de Walzer se situa no limite com o liberalismo (igualitário) –

²⁵¹ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 323.

²⁵² MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 419. “A objetividade postulada por MacIntyre” – observa Isabel Ribeiro de Oliveira – “deriva da associação que reconhece entre moralidade e estrutura social, no sentido de que as regras que asseguram a cada pessoa seu lugar na sociedade e lhe conferem identidade também prescrevem o que ela deve (suas obrigações) e o que lhe é devido, e como ela (e os outros) será tratada e vista caso frustrasse essas expectativas (1984:123). Tais regras expressam o acordo quanto aos fins da política e, portanto, a existência de um entendimento comum, um consenso quanto ao bem a ser buscado pela coletividade. E são elas que estabelecem os limites para o exercício correto (virtuoso) da liberdade individual. MacIntyre enfatiza, portanto, a estreita conexão da moralidade (*ethikos* ou *moralis*) com a institucionalidade própria a cada sociedade, ponto relevante para basear sua crítica tanto à pretensão moderna de construir uma ética universal (1984:39) quanto ao ceticismo relativista.” (OLIVEIRA, Isabel Ribeiro de. Notas sobre dois livros de MacIntyre. Lua Nova, São Paulo, n. 64, pp. 117-129, 2005, p. 121)

²⁵³ Na observação definitiva de Ingenieros, “[s]e existisse uma moral eterna – e não tantas morais quantos povos existentes –, poder-se-ia levar a sério a lenda bíblica da árvore carregada de frutos do bem e do mal. Teríamos apenas dois tipos de homens, o bom e o mau, o honesto e o desonesto, o normal e o inferior, o moral e o imoral. Mas não é assim que acontece.” (INGENIEROS, José. O Homem Mediocre, p. 94).

²⁵⁴ Cf. TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre a Ética, p. 216.

tanto quanto o liberalismo igualitário de Dworkin, por outro lado, se situa no limite com o comunitarismo.²⁵⁵

Para Walzer, o comunitarismo só faz sentido como crítica intermitente do liberalismo, isto é, como um padrão de correção recorrente de tempos em tempos, e que inclusive é dele dependente (não há comunitarismo sem liberalismo).²⁵⁶ Além de apresentar uma crítica corretiva ao liberalismo, sua teoria apresenta correções internas ao próprio comunitarismo, visando torná-lo coeso e coerente.

Contra o liberalismo, sua principal crítica se dirige à pretensão *universalista* – e, no caso do liberalismo igualitário, à pretensão universalista do princípio ou critério que orienta a igualdade de distribuição de bens sociais. Walzer rejeita, antes de mais, qualquer *comensurabilidade* dos bens sociais;²⁵⁷ para ele, um bem, ou o poder que se exerce no âmbito de uma dada esfera de bens, nem sempre pode converter-se em poder sobre bens de outra esfera, de maneira que o seu objetivo, tal como declarado expressamente em sua principal obra sobre teoria da justiça – *Esferas da Justiça* (*Spheres of Justice*), de 1983 – é exatamente o de descrever uma sociedade na qual nenhum bem social seja ou possa ser usado como instrumento de dominação.²⁵⁸ Contudo, diferentemente de MacIntyre, ele não busca uma orientação pré-moderna sobre como assegurar a sobrevivência da comunidade liberal, senão que propõe para esse fim um modelo pós-moderno, que rejeita um critério universal que oriente a

²⁵⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana, pp. 291-329. Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, afirmam que Dworkin defende uma teoria conciliatória entre comunitarismo e liberalismo: no plano político, a sua proposta é liberal porque assume os princípios liberais; mas no plano filosófico ela se afasta do liberalismo ao descartar o recurso ao contrato e adotar o postulado comunitarista de que o justo decorre do bem, entendendo de forma diferente a neutralidade estatal. Cf. BONILLA, Daniel e JARAMILLO, Isabel Cristina. *El Igualitarismo Liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, pp. 41-43.

²⁵⁶ Walzer afirma: “*the communitarian critique of liberalism is (...) a consistently intermittent feature of liberal politics and social organization. No liberal success will make it permanently unattractive. At the same time, no communitarian critique, however penetrating, will ever be anything more than an inconstant feature of liberalism.*” (WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism. Political Theory*, v. 18, n. 1, pp. 6-23, fev.1990, p. 6)

²⁵⁷ HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 229. Obviamente que a “incomensurabilidade” em Walzer é diferente do que em MacIntyre: em Walzer, a incomensurabilidade é dos bens sociais, significando que um bem (de uma esfera) não pode ser convertido em outro (de outra esfera); em MacIntyre a incomensurabilidade é dos argumentos teóricos, significando que não há como aferir, dentre dois argumentos contrários, qual é correto e qual não é.

²⁵⁸ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Romão Dias de Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XVII.

distribuição de bens sociais, em favor de vários critérios, particulares para cada esfera.²⁵⁹

2.1 As críticas de Walzer

A idéia pressuposta por Walzer ao formular seu conceito de justiça é a de que a justa distribuição é um ideal abrangente. Há vários tipos de *bens* objeto de distribuição e uma pluralidade de *sistemas* e *mecanismos* (cada qual com seus *métodos*, *critérios* e *agentes*) próprios de distribuição. Diferentes arranjos institucionais impõem e diversas ideologias justificam a distribuição de uma vasta gama de bens em sentido amplo (desde afiliação, poder político, homenagens, graça divina, amor, parentesco, cultura, segurança, trabalho, lazer, gratificações e punições) bem como de outros tantos bens em sentido mais estrito ou material (como riqueza, moradia, alimento, vestuário, transporte, educação, assistência médica, e produtos de consumo em geral).²⁶⁰

Apesar da complexidade dos arranjos distributivos, a maioria das sociedades modernas adota um padrão de organização no qual um único bem ou um conjunto de bens *predomina* e determina o valor dos demais bens, em todas as esferas de distribuição. Para Walzer, um dado bem é considerado predominante quando os indivíduos que os possuem podem, com eles, comandar vários outros bens; um bem predominante define um modo de usar os demais bens sociais que não se encontra limitado por significados intrínsecos. Ele diferencia predomínio de monopólio: um bem é monopolizado quando possuído com êxito por apenas uma pessoa ou grupo de pessoas; um monopólio define um modo de possuir ou controlar os bens sociais para explorar o seu predomínio.²⁶¹ Ou seja, o predomínio diz com a posição de um bem social em relação aos demais bens sociais, enquanto o monopólio diz com a posição de quem possui um dado bem em relação às demais pessoas.

O monopólio de um bem predominante faz surgir uma classe dominante. Assim nasce uma ideologia; ela é sempre uma justificativa para a pretensão de uma

²⁵⁹ Cf. HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 228.

²⁶⁰ Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, pp. 1/2.

²⁶¹ Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 11.

pessoa ou grupo de pessoas monopolizar um bem predominante. No entanto – sustenta ele – nenhum bem social predomina inteiramente sobre todos os demais, e nenhum monopólio é perfeito; em vista da relatividade de todo domínio e da imperfeição de todo monopólio, esse domínio de uma classe é sempre instável; os conflitos sociais estão sempre relacionados com a distribuição, e suas reivindicações mais importantes podem seguir duas diferentes diretivas: (i) a de que o bem predominante deve ser redistribuído para que possa ser compartilhado com igualdade (o que no fundo revela uma *insurgência contra o monopólio de um dado bem*); (ii) a de que se deve distribuir autonomamente todos os bens sociais (o que traduz uma *insurgência contra o domínio de um dado bem*).²⁶²

O primeiro impulso filosófico conduz a procurar uma unidade fundamental: reduzir todos os bens essenciais a um único que seja considerado mais fundamental e identificar um critério único de distribuição.²⁶³ Contra esse impulso filosófico é que Walzer articula duas de suas principais críticas: (i) uma, contra a *neutralidade estatal*, bem como contra o *individualismo* e a segregação social dela decorrentes; (ii) outra, contra o *universalismo*.

Um dos bens que o liberalismo igualitário busca igualar é justamente a *liberdade*, que assume acentuada importância por seu caráter instrumental, na medida em que permite às pessoas promover suas próprias concepções de bem (projetos de vida, satisfação de desejos e preferências, etc.). A teoria da justiça como equidade, de Rawls, por exemplo, tem uma preocupação especial com que as pessoas escolham racionalmente como querem levar a vida, mas para isso é mister um Estado neutro, que não pressuponha que um tipo de vida seja melhor ou mais importante que outro. Esse Estado neutro, que deixa exclusivamente aos indivíduos a preocupação com suas próprias vidas (com seus próprios direitos e interesses), estaria associado a uma

²⁶² Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, pp. 12-14. Walzer menciona, na verdade, uma terceira diretiva: a de que algum bem novo, monopolizado por um novo grupo, deve substituir o bem atualmente predominante (*insurgência contra o monopólio e o domínio*). No entanto, afirma que ela não tem importância filosófica. (Ibidem, pp. 14-15)

²⁶³ Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, pp. 3/4.

concepção atomizada de sociedade, formada por pessoas profundamente individualistas, “desconectadas” umas das outras, sem laços sociais.²⁶⁴

Walzer identifica duas versões críticas comunitárias dessa neutralidade e individualidade, cada uma sugerindo contra o liberalismo um argumento diferente, e profundamente contraditório, em relação ao da outra: um dirigido à *prática liberal*; o outro, essencialmente, à *teoria liberal*. Nem um deles pode estar totalmente correto; mas é possível que ambos o estejam parcialmente.²⁶⁵

O primeiro argumento afirma que a teoria política liberal representa com fidelidade a prática social: as sociedades ocidentais contemporâneas seriam de fato o lugar de indivíduos radicalmente isolados.

O liberalismo diz a verdade sobre a sociedade atomista que os liberais criam – não, na verdade, *ex nihilo* como sua teoria sugere, mas em uma luta contra as tradições, comunidades e autoridades que são esquecidas tão logo se escapam delas, de modo que as práticas liberais parecem não ter história. (...). Os membros da sociedade liberal não compartilham nenhuma tradição política ou religiosa; eles podem contar apenas uma história sobre si mesmos, e essa é a história da criação *ex nihilo*, que começa no estado de natureza ou na posição original. Cada indivíduo imagina-se absolutamente livre, sem restrições, por sua própria conta – e ingressa na sociedade, aceitando as suas obrigações apenas de maneira a minimizar seus riscos. Seu objetivo é a segurança (...).²⁶⁶

As críticas de MacIntyre sobre a incoerência da vida intelectual e cultural moderna e sobre a perda da capacidade narrativa se inserem nesta primeira versão: “O auto-retrato do indivíduo constituído apenas por sua obstinação, liberto de toda a conexão, sem valores comuns, sem laços de ligação, sem costumes, ou tradições – *sans eyes, sans teeth, sans taste, sans everything* – só precisa ser evocado a fim de ser

²⁶⁴ É o que Michel Sandel chama de *unencumbered self*. Cf. SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gumbenkian, 2005 e SANDEL, Michael. *The procedural republic and the unencumbered self*, pp. 81-96.

²⁶⁵ Cf. WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 7.

²⁶⁶ WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 7 (tradução livre). Cícero Araújo, em entrevista a John G. A. Pocock, anota: “Havia, e ainda há, um costume entre americanos de pensar suas origens como uma espécie de marco zero, a partir do qual uma história completamente diferente de tudo o que existiu antes começou, e ao qual é associado um certo tipo de ‘liberalismo’ – uma certa visão das relações entre o privado e o público, cujo acento recai no privado. (...). Historiador rigoroso, Pocock vem tentando mostrar que o termo, e todas as idéias a ele associadas hoje, é extemporâneo ao pensamento revolucionário americano nos anos da independência. Mais do que isso: a inspiração ideológica dos que lutaram pela independência veio da própria metrópole, via o pensamento de oposição ao sistema político que emergiu na Inglaterra a partir da Revolução Gloriosa, de 1688.” (ARAÚJO, Cícero. Apresentação e entrevista. In: POCOCK, John G. A. A angústia republicana. Lua Nova, São Paulo, n. 51, pp. 31-40, 2000, pp. 31-32).

desvalorizado: é a ausência concreta de valor.”²⁶⁷ Para esse argumento, por um lado a busca pela maximização das utilidades transforma a sociedade num campo de batalha onde é travada a guerra de todos contra todos (a corrida hobbesiana que Walzer menciona em *Esferas da Justiça*, vista agora como uma luta por emprego e renda, prestígio e honrarias);²⁶⁸ por outro, a garantia de direitos reduz a sociedade à coexistência dos seres isolados, “concretamente expressados em separação, divórcio, desistência, solidão, privacidade e apatia política.”²⁶⁹ Como visto em MacIntyre – é Walzer quem o observa – o fato de a vida individual ser descrita nestas duas línguas filosóficas (a linguagem das utilidades e a linguagem dos direitos) é a maior evidência de sua incomensurabilidade: “homens e mulheres na sociedade liberal não têm mais acesso a uma única cultura moral dentro da qual possam aprender como devem viver. Não há consenso, não há deliberação pública sobre a natureza da boa vida, donde o triunfo do arbítrio privado (...).”²⁷⁰ Mas – pensa Walzer – se o argumento sociológico estiver correto e a sociedade liberal for realmente destarte na prática fragmentada e “decomposta”, então é lícito concluir que a política liberal é a melhor maneira de lidar com os problemas de decomposição.²⁷¹

O segundo argumento sustenta que a teoria liberal radical deturpa a vida real. Na prática, as pessoas não são estranhas umas às outras, livres de todos os laços sociais; não podem sê-lo, na medida em que nascem de pais que têm amigos, parentes, vizinhos, colegas de trabalho, correligionários e concidadãos – conexões essas que não são escolhidas, mas transmitidas por herança.

É da própria natureza de uma sociedade humana que os indivíduos criados dentro dela encontrem-se presos a padrões de relacionamento, redes de poder e

²⁶⁷ WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 8 (tradução livre). A passagem em inglês (em vernáculo, “sem olhos, sem dentes, sem paladar, sem nada”) é um trecho célebre de um poema de Shakespeare (*All the World's a Stage*), razão pela qual foi mantida no idioma original.

²⁶⁸ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, pp. 351/352.

²⁶⁹ WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 8 (tradução livre).

²⁷⁰ WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 8 (tradução livre). Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, p. 21 *et seq.* e p. 411 *et seq.*

²⁷¹ Cf. WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 9. “Se tivermos que criar uma união artificial e ahistórica de uma multidão de seres isolados, porque não tomar o estado de natureza ou a posição original como ponto de partida conceitual? Por que não aceitar, na forma liberal padrão, a prioridade da justiça processual sobre concepções substantivas do bem, desde que possamos esperar, dada a nossa fragmentação, chegar a um acordo sobre o que é o bem? Michael Sandel pergunta se uma comunidade de quem colocou a justiça como prioritária pode ser mais que uma comunidade de estranhos. A pergunta é boa, mas a sua forma inversa é mais imediatamente relevante: se nós realmente somos uma comunidade de estranhos, como podemos fazer outra coisa senão colocar a justiça em primeiro lugar?” (Ibidem, p. 9 [tradução livre])

comunidades de sentido. Essa qualidade é o que faz delas pessoas de um determinado tipo. E só então é que elas podem fazer delas próprias pessoas de um tipo (ligeiramente) diferente, refletindo sobre o que são e agindo de forma mais ou menos distinta dentro de padrões, redes e comunidades que, quer queiram quer não, são delas.²⁷²

Situam-se aqui as críticas de Michael Sandel ao liberalismo: para ele, a visão liberal atualmente aceita não é *moralmente auto-suficiente*, mas parasita de uma noção de comunidade que ela oficialmente rejeita, de tal maneira que a prática política que incorpora essa visão também não é *praticamente auto-suficiente*; a visão liberal deveria basear-se num sentimento de comunidade que ela, contudo, não pode fornecer e pode mesmo prejudicar. Para esse argumento, a estrutura da sociedade é no fundo comunitária; só que a teoria liberal distorce essa realidade e priva os indivíduos de qualquer acesso imediato a sua própria experiência de inserção na comunidade.²⁷³

Esses argumentos têm aspectos opostos: para o primeiro, a teoria liberal *representa* a realidade social, em que os indivíduos vivem isoladamente sem laços uns com os outros; para o segundo, a teoria liberal *deturpa* uma realidade social diferente justamente porque os indivíduos não vivem isoladamente, mas vinculados uns aos outros. Cada qual tem suas inconsistências: o primeiro não consegue superar a realidade de separatismo liberal, enquanto o segundo não consegue evocar a estruturas existentes de conexão social. Mas por outro lado cada um deles está em parte correto. O que Walzer procura fazer é justamente isolar a parte correta de cada um, e depois articulá-las de maneira plausível.²⁷⁴ Ele parte do suposto de que realmente na atualidade os indivíduos vêm sofrendo contínuos “movimentos” que os dissociam e separam uns dos outros, identificando esses movimentos num esquema de “quatro mobilidades”: (i) a *mobilidade geográfica*;²⁷⁵ (ii) a *mobilidade social*;²⁷⁶ (iii) a *mobilidade conjugal*;²⁷⁷ e (iv) a *mobilidade política*.²⁷⁸

²⁷² WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 10 (tradução livre).

²⁷³ Cf.: WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 10; e SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 91.

²⁷⁴ Cf. WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 11.

²⁷⁵ As pessoas atualmente mudam de residência mais frequentemente do que antes; com isso, o sentimento de pertencimento enfraquece muito, se bem que não se possa dizer ao certo se esse sentimento de pertencimento é substituído pela mera insensibilidade ou por um novo sentimento de pertencimento a muitos lugares. Cf. WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 11.

O liberalismo endossa e justifica teoricamente este movimento: as quatro mobilidades representam, portanto, a consagração da liberdade e a possibilidade de busca pessoal da felicidade. “Qualquer esforço para reduzir a mobilidade nas quatro áreas acima descritas exigiria uma aplicação maciça e dura de poder do Estado.”²⁷⁹ No entanto, toda essa liberdade de mobilidade tem um lado perverso, que traz efeitos negativos sobre o compromisso e a moral.²⁸⁰ É aí que entram os comunitarismos.

A parte correta do primeiro argumento comunitarista é que de fato as pessoas de hoje vivem de maneira mais isolada entre si do que antigamente. E a parte correta do segundo argumento é que, não importa qual seja a extensão das quatro mobilidades, elas não movem as pessoas a uma distância tal que as impossibilite de se relacionar umas com as outras. Daí a crítica à perspectiva comunitarista de MacIntyre: embora as pessoas muitas vezes discordem uma da outra, elas discordam de formas mutuamente compreensíveis. “Eu acho” – afirma Walzer – “que é bastante óbvio que as controvérsias filosóficas que MacIntyre lamenta não são de fato uma marca da incoerência social. Sempre que há filósofos, haverá controvérsias, assim como onde há cavaleiros, haverá torneios.”²⁸¹

²⁷⁶ Poucas pessoas estão exatamente onde estavam seus pais ou fazem exatamente o que eles faziam, o que significa que a transmissão das crenças e maneiras habituais entre os indivíduos da comunidade (herança comunitária) é no mínimo incerta. Cf. WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, pp. 11/12

²⁷⁷ Os índices de separação, divórcio e novo casamento são maiores do que nunca; os lares desfeitos são o produto de rupturas conjugais, em que maridos ou esposas se deixam e normalmente em seguida se “movem” ao encontro de novos parceiros (às vezes de etnia, de classe social, de crenças e costumes, etc., diferentes), o que “significa que as crianças muitas vezes não ouvem histórias contínuas ou idênticas dos adultos com quem vivem”. Cf. WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 12.

²⁷⁸ Os líderes, os movimentos, os partidos, os clubes parecem perder rapidamente a condição de *locus* de formação de vontade e identidade políticas; com isso os cidadãos liberais ficam de fora de todas as organizações políticas e, quando é preciso, escolhem uma que melhor sirva seus interesses momentâneos; são eleitores independentes, isto é, que se movimentam, formando um eleitorado volátil e trazendo consigo, portanto, um clima de instabilidade institucional, inclusive no âmbito local, em que os laços comunitários eram mais reforçados. Cf. WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 12.

²⁷⁹ WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 12 (tradução livre).

²⁸⁰ “As pessoas nem sempre deixam seus bairros antigos ou cidades natais voluntariamente ou de maneira feliz. Mudar-se pode ser uma aventura pessoal em nossas mitologias padrões culturais, mas é sempre um trauma na vida da família real. A mesma coisa vale para a mobilidade social, que leva as pessoas tanto para baixo como para cima e requer ajustes que nunca são fáceis de gerir. Rupturas conjugais podem, por vezes, dar origem a novas e mais fortes uniões, mas podem também acumular o que poderíamos pensar como fragmentos de família: famílias monoparentais, homens e mulheres separados e solitários e crianças abandonadas. E a independência na política é muitas vezes um isolamento não tão esplêndido: indivíduos com opiniões são desconectados de grupos com programas [partidos políticos e movimentos sociais].” (WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, pp. 12/13 [tradução livre])

²⁸¹ WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 13 (tradução livre). Na continuidade da crítica, Walzer deixa claro que entende haver uma tradição liberal construída ao longo da história: “Mesmo o conflito político nas sociedades liberais raramente assume formas tão extremas a ponto de situar seus protagonistas além da negociação e do compromisso, da justiça processual e da própria possibilidade de

Para Walzer, a prática liberal manifesta uma tendência dúplice: ao mesmo tempo em que possui, por um lado, um impulso associativo, externa, por outro, uma forte tendência dissociativa: as pessoas se agrupam com a mesma facilidade com que se separaram. Há, no entanto, um certo equívoco em considerar as associações totalmente voluntárias ou contratuais. Em todas as sociedades as pessoas se inserem em determinados grupos muito importantes: pertencem a uma família, são de determinada etnia, nascem com um sexo, situam-se numa dada classe social, seguem uma dada religião, e assim por diante; muitas das suas associações subseqüentes (carreira profissional, ideologia política, etc.) apenas expressam estas identidades subjacentes, que de igual modo não são tanto escolhidas, mas ordenadas, herdadas. “O liberalismo se distingue menos pela liberdade para formar grupos na base dessas identidades do que pela liberdade de deixar o grupo e por vezes até mesmo a identidade para trás. A associação está sempre em risco em uma sociedade liberal. Os limites do grupo não são policiados; as pessoas vêm e vão, ou simplesmente desaparecem na distância, sem nunca reconhecer completamente que o deixaram.”²⁸² O mal que assalta o liberalismo, por causa disso, é o “parasitismo”: há pessoas que desfrutam dos benefícios da afiliação mas não participam das atividades que produzem esses benefícios (ao contrário do comunitarismo).²⁸³ Na observação de Alfredo Gomez-Muller, “o interesse de coexistência é apresentado como o único interesse comum capaz de religar, de um ponto de vista ético-político, indivíduos ‘naturalmente’

expressão. A luta pelos direitos civis norte-americanos é um bom exemplo de um conflito para o qual a nossa linguagem moral e política foi e é totalmente adequada. O fato de que a luta teve sucesso apenas parcial não reflete inadequação lingüística, mas falhas e derrotas de natureza política.” Para ele, os discursos de Martin Luther King evocaram uma certa tradição, um conjunto de valores comuns, a respeito dos quais praticamente não haveria qualquer desacordo público. O que se engendrou desde então não foi evidentemente uma tradição em sentido forte, “uma tradição tradicionalista, uma tradição *Gemeinschaft*, uma sobrevivência do passado pré-liberal”, mas uma tradição liberal modificada pela incorporação, dada a imigração em massa, de várias influências culturais (especialmente étnicas e religiosas) que passaram a incidir na política americana. E arremata: “A linguagem dos direitos individuais – associação voluntária, pluralismo, tolerância, separação, privacidade, liberdade de expressão, carreira aberta aos talentos, e assim por diante – é simplesmente inevitável. Quem entre nós tenta a sério escapar? Se realmente somos seres situados, como a segunda crítica comunitária sustenta, então a nossa situação é em grande parte capturada por esse vocabulário. Esta é a verdade da segunda crítica.” (Ibidem, p. 13 [tradução livre]).

²⁸² WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, pp. 15/16 (tradução livre).

²⁸³ Cf. WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, pp. 15/16.

egoístas e incapazes de transcender o horizonte de seus próprios interesses.”²⁸⁴ A sua teoria da justiça procurará justamente suprimir esse parasitismo.

Outras vertentes do liberalismo procuram distribuir igualmente outros bens – como renda ou recursos, mas não importa.²⁸⁵ Quer se cuide de buscar uma igualdade de liberdade (Rawls), ou uma igualdade de renda (Parijs) ou de recursos (Dworkin), o problema – e aqui vai a segunda crítica de Walzer, dirigida ao *universalismo* – é que elas reduzem todos os bens sociais a um que seja predominante em relação aos demais: todas essas pretensões distributivas têm normalmente adotado a primeira diretiva reivindicatória, isto é, de insurgir-se contra o *monopólio* do bem predominante.

No entanto, ele vê como malogradas todas as tentativas de alcançar a igualdade social a partir de uma igual distribuição de um único bem, qualquer que seja (ele chama esse regime de “igualdade simples” de distribuição) – porque sempre um outro bem se tornaria predominante, trazendo novas desigualdades como inexorável consequência. Considere-se a tentativa de igual distribuição de riqueza: ainda que o Estado lograsse intervir de maneira a assegurar uma igualdade de riqueza, ela conduziria ao domínio da educação (com ascensão social daqueles que usufruíram de uma educação de melhor qualidade em relação àqueles que não), enquanto novo bem predominante; e quando o Estado conseguisse assegurar uma igual distribuição de educação de qualidade, seriam os talentos individuais os bens que passariam a predominar (com ascensão social dos mais talentosos); e mesmo que o Estado adotasse mecanismos de intervenção que anulassem o talento (ele exemplifica com a adoção do próprio princípio da diferença, de Rawls), o poder político passaria a ser então o bem predominante (com ascensão social daqueles que o exercessem); seria necessária uma nova intervenção, que limitasse o poder político, através, por exemplo, de uma distribuição mais democrática do poder, mas a igualdade democrática seria arriscada

²⁸⁴ GOMEZ-MULLER, Alfredo. Os comunitaristas e a crítica ao individualismo liberal. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.) História Argumentada da Filosofia Moral e Política, p. 655.

²⁸⁵ De toda forma, Walzer entende ineficaz qualquer tentativa de busca da igualdade através da redistribuição de dinheiro, emprego ou renda, ou porque ela neutraliza o mercado (onde deve imperar a liberdade de produção, circulação e consumo), ou porque o mercado é instável e sempre reproduz mais e mais desigualdades. Nada obstante, ele afirma ser preciso domar, a ponto de tornar inofensivo, o dinheiro e o poder econômico, ou pelo menos garantindo que os danos na esfera do mercado não impossibilitem as condições de vida (fisiológica e social). Cf. WALZER, Michael. Esferas da Justiça, p. 139 *et seq.*

não apenas pelo risco de tirania de uma maioria, como pelo efeito inverso de enfraquecimento do poder estatal para enfrentar outros monopólios que pudessem surgir. Walzer não duvida que se possa obter um equilíbrio entre *monopólios* e *restrições políticas*; mas desconfia que seja difícil manter estável esse equilíbrio, dada a tensão existente entre os dois pratos da balança.²⁸⁶

Walzer concebe a justiça e a igualdade como “artefatos filosóficos”, mas afirma que a justiça e a igualdade não podem ser assim concebidas (isto é, de maneira abstrata, teórica, *a priori*). As pessoas “têm, de fato, direitos que transcendem a vida e a liberdade, mas eles não provêm da humanidade que temos em comum; provêm de conceitos compartilhados de bens sociais; são sociais e particulares em caráter”.²⁸⁷ Para ele, procurar a unidade é incompatível com a idéia de justiça distributiva: o que importa não é o que pessoas racionais escolheriam em situações hipotéticas universalizantes, mas o que pessoas como nós, situadas como nós, que compartilham e estão decididos a continuar compartilhando uma dada cultura como nós, escolheriam.²⁸⁸ Assim é que ele busca uma alternativa melhor à justa distribuição no “pluralismo”; a justiça é uma invenção humana: os seus princípios são plurais, e os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo critérios e por agentes diversos.²⁸⁹

2.2 Igualdade complexa e bem comum enquanto valores compartilhados

A concepção de uma justiça distributiva plural de Walzer exige uma teoria complexa igualdade, que supõe duas iniciativas: (i) uma interpretação (“real, concreta,

²⁸⁶ Cf. WALZER, Michael. Esferas da Justiça, pp. 16-19. “Na teoria, o poder político é o bem predominante na democracia, e é conversível da maneira que os cidadãos escolherem. Na prática, porém, romper com o monopólio do poder neutraliza o seu predomínio. O poder político não pode ser amplamente compartilhado sendo submetido à força de todos os outros bens que os cidadãos já têm ou pretendem ter.” (Ibidem, p. 18)

²⁸⁷ WALZER, Michael. Esferas da Justiça, p. XIX.

²⁸⁸ Walzer faz expressa referência a Rawls, cuja teoria postula um sistema distributivo com critérios (princípios) de distribuição universalmente definidos, que pessoas ideal e igualmente racionais escolheriam se estivessem em condição de imparcialidade. Cf. WALZER, Michael. Esferas da Justiça, pp. 3/4.

²⁸⁹ Cf. WALZER, Michael. Esferas da Justiça, pp. 4/5 e 19.

positiva e particularizada”) dos bens sociais; (ii) uma teoria acerca de como nos relacionamos uns com os outros por meio desses bens.²⁹⁰

Segundo ele, as teorias da justiça se orientam equivocadamente pela seguinte idéia: “*As pessoas distribuem bens para (outras) pessoas.*” A definição que propõe é mais precisa e complexa: “*As pessoas concebem e criam bens, que então distribuem entre si.*” Ou seja: para ele, a concepção e a criação dos bens precedem (e controlam) a distribuição, sendo preciso, portanto, uma teoria dos bens para explicar e limitar o pluralismo.²⁹¹ A teoria dos bens que ele propõe se orienta por seis proposições básicas. (1) Todos os bens de que se ocupa a justiça distributiva são bens sociais, que não podem ser avaliados de maneira pessoal (idiossincrática); os significados dos bens do mundo são compartilhados porque sua concepção e criação decorrem de processos sociais. (2) A identidade concreta das pessoas é influenciada pelo modo como concebem e criam, possuem e empregam os bens sociais; é muito tênue o limite entre *quem se é e o que se tem*, porque os bens influem na definição da identidade. (3) Não existe um conjunto universal e imutável de bens sociais fundamentais e essenciais; mesmo um conceito de bem social aparentemente fundamental (alimento, por exemplo) tem significado variável no tempo e no espaço. (4) É o significado social de um bem que define a sua distribuição; só o entendimento sobre o que um bem é, sobre o que ele significa para aqueles que o consideram um bem, permite *como, por quem e porque* deve ser distribuído, permitindo avaliar a justiça ou injustiça das distribuições. (5) Os significados sociais dos bens são também históricos e, portanto, mudam com o tempo. (6) Uma vez que os significados dos bens são diferentes (no tempo e no espaço), os sistemas de distribuição devem ser autônomos; mesmo dentro de uma única sociedade, cada conjunto de bens sociais integra uma esfera própria, dentro da qual são apropriados e distribuídos segundo critérios próprios.²⁹²

²⁹⁰ Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 21.

²⁹¹ Essa idéia, segundo Gargarella, é frontalmente contrária ao que entendem liberais como Rawls e Dworkin, cujas propostas – de distribuir igualitariamente dados bens básicos (“bens primários”, no caso de Rawls, e “recursos”, no de Dworkin) – parecem ignorar que certas comunidades podem menosprezar os bens que pretendem distribuir igualitariamente (“bens primários” e “recursos”). Cf. GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça* depois de Rawls, p. 151.

²⁹² Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, pp. 6-11; GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça* depois de Rawls, pp. 152-153.

“A igualdade é” – segundo Walzer – “uma relação complexa de pessoas, mediadas por bens que criamos, compartilhamos e dividimos entre nós; não é uma identidade de posses. Requer, então, uma diversidade de critérios distributivos que expresse a diversidade de bens sociais.”²⁹³ A reivindicação por uma distribuição justa, portanto, não pode ser dirigida contra o monopólio, isto é, no sentido de que um bem predominante deve ser redistribuído com igualdade entre as pessoas, mas contra o próprio predomínio desse bem sobre os demais: é preciso uma concepção que justifique uma distribuição autônoma de todos os bens sociais, e não apenas de um dado bem, predominante. A igualdade complexa decorre da situação em que nas várias esferas de bens (uns em regra não conversíveis em outros) há monopólios próprios: “Embora haja desigualdades pequenas, a desigualdade não será multiplicada pelo processo de conversão. Nem será a soma de diversos bens, pois a autonomia das distribuições terá a tendência de produzir uma diversidade de monopólios locais, pertencentes a grupos diversos.”²⁹⁴

Os bens têm esferas próprias onde circulam; às vezes é possível a conversão legítima de um bem (de uma dada esfera) em outro (de outra esfera), desde que a intuição e o significado comuns dessa conversão a torne plausível: é possível, por exemplo, alcançar *reconhecimento* através da aquisição de bens de consumo (*mercadorias*).²⁹⁵ Mas em regra a conversão é errada: não é possível a conversão da *força em fé*, no caso, por exemplo, de um Estado religioso que pretenda impor um dado credo aos cidadãos.²⁹⁶ Daí se chega a conceito fundamental na teoria de Walzer – a saber, o de *tiranía*.

²⁹³ WALZER, Michael. Esferas da Justiça, p. 21.

²⁹⁴ WALZER, Michael. Esferas da Justiça, pp. 20-21. Walzer não afirma que isso implicaria em uma maior estabilidade da igualdade complexa em relação à igualdade simples, mas acha que daria em formar mais difusas e particularizadas de conflitos sociais. (Idem)

²⁹⁵ “Liberdade é uma calça jeans desbotada”: esse *slogan* do fim da década de 60 e início dos anos 70 demonstram que na época ter uma calça jeans (“calça Lee”) era sinônimo de liberdade. E de fato: Walzer observa que, quando não temos dinheiro suficiente para comprar bens além do necessário para a mera subsistência, é como se sofrêssemos “uma perda mais grave do que a própria pobreza, uma espécie de inanição de *status*, uma deserção sociológica. (...) Não podemos mais desempenhar nosso papel de pais, amigos, vizinhos, sócios, camaradas ou cidadãos. (...) Se não tivermos certo número de objetos socialmente necessários, não poderemos ser reconhecidos na sociedade nem ser pessoas de fato.” Segundo ele, “essa é a mensagem principal da publicidade moderna: que as mercadorias possuem significados que vão muito além de sua utilidade óbvia, e que precisamos dela em nome da afirmação e da identidade.” (WALZER, Michael. Esferas da Justiça, pp. 141/142)

²⁹⁶ Cf. WALZER, Michael. Esferas da Justiça, p. 23. Há coisas que mesmo o dinheiro – esse “alcoviteiro universal”, esse bem neutro capaz de se converter em todos os demais bens – não pode, pelo menos

Converter um bem em outro, quando não há ligação intrínseca entre os dois, é invadir a esfera apropriadamente governada por outro grupo. Não há nada de errado, por exemplo, no domínio que as pessoas persuasivas e prestativas exercem sobre o poder político. Mas é tirânico o uso do poder político para ter acesso a outros bens. Assim generaliza-se uma antiga definição de tirania: os príncipes se tornam tiranos, segundo autores medievais, quando se apoderam das propriedades ou dominam a família dos súditos. Na vida política – mas também de maneira mais ampla – o predomínio de bens resulta no poder sobre o povo.²⁹⁷

A idéia de igualdade complexa, e a resistência à conversibilidade de um bem de uma esfera no de outra, é justamente uma resistência à tirania: ela define um conjunto de relações de maneira a tornar impossível o predomínio. “Em termos formais, a igualdade complexa significa que a situação de nenhum cidadão em uma esfera ou com relação a um bem social pode definir sua situação em qualquer outra esfera, com relação a qualquer outro bem.”²⁹⁸

Walzer procura diminuir a desigualdade através de um mecanismo de polarização da própria possibilidade de desigualdade. Em vez de a questão da desigualdade e da igual distribuição concentrar-se em uma única esfera de bens que predomine sobre as demais (dinheiro, por exemplo), sua teoria defende *a autonomia e a igualdade* (isto é, a inexistência de predomínio) *entre as diferentes esferas*, onde até pode (e deve) haver desigualdades internas; mas essa polarização das desigualdades internas (um tem mais dinheiro na esfera econômica que outro, mas este tem mais educação na esfera do conhecimento que o primeiro, etc.) entre esferas autônomas e iguais (em que o superior em uma delas não exerce nenhum tipo de domínio ou tirania sobre as pessoas nas demais esferas), ajuda a manter certo equilíbrio. “A crítica do predomínio e da dominação indica um princípio distributivo ilimitado”, que Walzer expressa na seguinte fórmula: “*Nenhum bem social x será distribuído a quem possua*

legitimamente, comprar, tais sejam: seres humanos; poder e influência políticos; condenações e absolvições criminais; liberdades essenciais (expressão, imprensa, religião e associação); direitos de casamento e procriação; direito de dissociação comunitária; dispensa de deveres cívicos (serviço militar, convocação para funcionar como jurado, agente eleitoral, testemunha, etc.); acesso a cargos públicos; segurança e educação (em geral); “intercâmbios desesperados” (direitos trabalhistas como jornada de trabalho de 8 horas, salário mínimo, normas de higiene e segurança, etc.); prêmios e títulos honorários; graça divina; amor e amizade; e a prática de qualquer delito (homicídio, etc.). (Ibidem, pp. 129-138)

²⁹⁷ WALZER, Michael. Esferas da Justiça, p. 23.

²⁹⁸ WALZER, Michael. Esferas da Justiça, p. 23.

algum outro bem y meramente porque possui y e sem consideração ao significado de x.”²⁹⁹

Embora reconheça que nenhuma teoria sobre o significado dos bens sociais possa ser incontroversa, e que nenhum critério distributivo possa ser compatível com a diversidade de bens sociais, Walzer identifica, não obstante, três critérios que atendem às exigências de ilimitação e que amiúde são defendidos como *princípio e fim* da justiça distributiva: “Livre intercâmbio, mérito e necessidade: os três têm força real, mas nenhum tem força em toda a escala de distribuições. São parte da história, e não toda ela.”³⁰⁰ A distribuição de bens inerentes às várias esferas que Walzer concebe – afiliação, segurança e bem-estar social, dinheiro e mercadorias, cargos públicos, trabalho, lazer, educação, parentesco e amor, graça divina, reconhecimento e poder político –, deve orientar-se por um desses três critérios.

2.3 A justiça como produto da política

A tirania tem uma característica específica: ela resulta sempre de uma determinada transgressão do significado social, da violação de uma determinada fronteira entre as esferas de bens sociais. A igualdade complexa exige a defesa das fronteiras, o que pressupõe uma diferenciação dos significados sociais dos bens. Não há, contudo, uma resposta certa, definitiva, *a priori*, acerca das fronteiras a defender, ou de quantos bens é preciso criar de maneira autônoma para que as relações que intermedeiam possam tornar-se relações entre cidadãos iguais. Mas, justamente quando se começa a tentar distinguir significados e delimitar esferas distributivas é que se ingressa em uma “empreitada igualitária.”³⁰¹ E o que MacIntyre não especifica em *Depois da Virtude*, Walzer diz categoricamente em *Esferas da Justiça*:

A comunidade política é o cenário apropriado para esta empreitada. (...). Os bens sociais são compartilhados, divididos e trocados entre fronteiras políticas. O monopólio e o predomínio funcionam com a mesma facilidade tanto além das

²⁹⁹ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 25 (os itálicos são do autor). Dentro dessa ótica, a única possibilidade de haver domínio ou tirania seria a de uma pessoa que conseguisse ser superior em todas as esferas; mas Walzer duvida que exista um tal “super-homem”, a não ser em ficção. Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 24.

³⁰⁰ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 25.

³⁰¹ Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 35.

fronteiras quanto dentro delas. Transportam-se objetos, as pessoas se mudam, cruzam fronteiras para ambos os lados. Não obstante, a comunidade política talvez seja o mais próximo que conseguimos chegar de um mundo de significados comuns. Língua, história e cultura se unem (uma união mais íntima do que em qualquer outro setor) para produzir uma consciência coletiva.³⁰²

Daí que o primeiro bem que se distribui é a afiliação a alguma comunidade humana, dela dependendo toda a estruturação da comunidade.³⁰³ Os Estados são livres para determinar a distribuição de afiliação (acolhendo estrangeiros ou não), assim como são livres para determinar a forma de distribuição dos demais bens sociais (ressalvadas as exigências dos necessitados); mas a distribuição de afiliação é mais fundamental que as demais distribuições, porque determina a própria constituição e formação da comunidade: “A admissão e a exclusão [de estrangeiros] estão no âmago da independência comunitária. Sem elas, não haveria *comunidades de caráter*, associações historicamente estáveis e contínuas de pessoas com um compromisso especial umas com as outras e uma noção especial de sua vida em comum.”³⁰⁴ A todo acolhido deve-se assegurar os direitos de igual cidadania.³⁰⁵ A teoria da justiça distributiva, para Walzer, começa a partir: só depois de definidos os membros de uma comunidade política (os afiliados) é que se pode esperar compartilhar todos os outros bens sociais – segurança, prosperidade, honra, cargos e poder – que a vida comunitária torna possível.³⁰⁶

Delimitada a comunidade, é através da política que são apreendidos os interesses comuns de seus membros, os quais, juntos, definem o próprio destino. É, portanto, por meio de decisões de ordem política que as pessoas determinam os métodos de distribuição, os critérios (ou princípios) que a orientam e a medida da

³⁰² Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 35.

³⁰³ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 39. Há aqui uma diferença entre o comunitarismo de Walzer e MacIntyre (e que de certa forma aproxima Walzer do republicanismo): Walzer não se preocupa (*tanto*) com o aspecto histórico; não lhe interessa como esses grupos *foram* constituídos, mas como tomam suas decisões sobre produção e distribuição de bens *na atualidade*; já MacIntyre superdimensiona o papel da história na definição da moral e, conseqüentemente, da cultura e da própria política.

³⁰⁴ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 81.

³⁰⁵ Não pode haver repressão dos acolhidos pelos cidadãos autóctones: “Fazê-lo é agir fora de sua esfera, além de seus direitos. É uma forma de tirania.” (WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 81)

³⁰⁶ Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 82. Um dos motivos para adotar a idéia de comunidade política como cenário é que “[a] própria comunidade é um bem – talvez o mais importante bem – que é distribuído.” (Ibidem, p. 37)

intervenção estatal em cada esfera distributiva.³⁰⁷ A comunidade política é, para Walzer, um empreendimento coletivo, o *locus* onde as pessoas discutem juntas sobre os interesses públicos, debatem sobre riscos aceitáveis e deliberam sobre fins ou metas comuns que pretendam alcançar.³⁰⁸

Mas a comunidade não é apenas um grande grupo social; ela é um grande grupo social formado por grupos sociais menores – “uma união social de uniões sociais”, no dizer de Rawls, ou seja, “um pluralismo de grupos ligados por idéias compartilhadas de tolerância e democracia”, no de Walzer.³⁰⁹ O problema é que a neutralidade estatal e o atomismo social tornam todos os grupos precários, constantemente expostos ao risco de dissolução ou de abandono, do que pode resultar: ou um Estado (a união maior) também fraco e vulnerável, ou na alternativa de os agentes estatais serem levados a compensar essa precariedade reforçando a própria união (o próprio Estado), indo talvez um pouco além da neutralidade e dos direitos individuais postulados pelo liberalismo como limites contra o Estado. Walzer opta pelo reforço estatal.³¹⁰

Segundo ele, para que as paixões e energias associativas das pessoas comuns possam sobreviver às mobilidades sociais e manterem-se compatíveis com o pluralismo (essa a questão crítica com que se depara o liberalismo), é preciso um pouco de “ajuda estatal”.³¹¹ Mas somente um Estado liberal é capaz de dar essa ajuda de maneira incluir, sem incorporar, a grande variedade de uniões sociais discordantes; qualquer outro tipo de Estado seria muito perigoso tanto para as comunidades como para os indivíduos. Assim, “a correção comunitária realmente exige um Estado liberal

³⁰⁷ “Provavelmente, algum grupo de líderes toma as decisões de fato, mas os cidadãos devem estar aptos a reconhecer seus líderes como tais. Se os líderes forem cruéis, néscios ou infinitamente venais, como freqüentemente o são, os cidadãos, ou alguns dos cidadãos, tentam substituí-los, lutando pela distribuição do poder político. O que dará forma à luta serão as estruturas institucionais da comunidade – isto é, os resultados das lutas anteriores. O presente político é o produto do passado político. Estabelece um cenário inevitável para a ponderação acerca da justiça distributiva.” (WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 36)

³⁰⁸ Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 411/412.

³⁰⁹ “A idéia principal é simplesmente a de que uma sociedade organizada (correspondendo à justiça como equidade) é em si mesma uma forma de união social. De fato, é uma união social de uniões sociais.” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 586). Cf. WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 16.

³¹⁰ WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 16.

³¹¹ Cf. WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 16. “A vida boa é buscada por indivíduos e patrocinada por grupos; o Estado preside a busca e o patrocínio, mas não participa de nenhum deles. O presidir é de caráter singular; a busca e o patrocínio são plurais.” (Idem [tradução livre]).

de um certo tipo, conceitual mas não historicamente incomum: um Estado que é, pelo menos parcialmente no plano da soberania, deliberadamente não-neutro.”³¹²

O Estado não é a única – nem a mais importante – forma de união ou agrupamento social: “Todos os outros tipos de grupos continuam a existir e a dar forma e propósito para a vida dos seus membros, apesar do triunfo dos direitos individuais, das Quatro Mobilidades que evidenciam esse triunfo, e do parasitismo que ele torna possível.”³¹³ Uma vez que esses importantes grupos estão sob risco constante, o Estado deve apoiar e patrocinar aqueles que parecem mais propensos a apresentar formas e efeitos agradáveis aos valores de uma sociedade liberal.³¹⁴ Mais que uma democracia estatal, a teoria de Walzer exige uma democracia social (que ele chama de democracia industrial).

3 O BOM E O JUSTO NO COMUNITARISMO: O ESTADO PAUTADO PELA SUPREMACIA DO BEM COMUM E DO INTERESSE PÚBLICO

A crítica comunitária ao liberalismo atua em várias frentes. Uma das críticas de base diz com a concepção formal e vazia (atomizada e individualista) de pessoa, enquanto indivíduos dotados de uma esfera pura de razão cujo acesso lhes permite desvincular-se das circunstâncias da vida para tomar uma decisão racional – o que implica em ignorar que as pessoas se acham vinculadas entre si, bem como que mantêm laços com a comunidade em que vivem. Para os comunitários, nossa identidade como pessoa depende fundamentalmente do grupo no qual estamos inseridos: “nascemos inseridos em certas comunidades e práticas sem as quais deixaríamos de ser quem somos, esses vínculos aparecem como vínculos valiosos,

³¹² WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 16 (tradução livre).

³¹³ WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 17 (tradução livre).

³¹⁴ “Sindicatos, organizações religiosas, e bairros recorrem a sentimentos e crenças que, em princípio, se não sempre na história, são anteriores ao surgimento do Estado liberal. Quão fortes são esses sentimentos e crenças, e quais de seus valores sobrevivem, eu não posso dizer. (...) Ainda assim, o sentimento e crença comuns parecem muito mais estáveis do que se pensava que seriam, e a proliferação de associações secundárias na sociedade liberal é notável – mesmo que muitas delas tenham vidas curtas e membros transitórios.” (WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, p. 18 [tradução livre])

enquanto essenciais para definição de nossa identidade.”³¹⁵ A identidade de uma pessoa é definida a partir do conhecimento de sua “situação” concreta (isto é, de onde se acha situada concretamente). Contra a idéia vaga de liberdade, os comunitaristas defendem a idéia de liberdade “situada”.³¹⁶

Além disso, questionam a pretensão de universalidade de princípios que possam ser identificados por uma razão teórica. Para o comunitarismo, a prática é anterior à teoria, de maneira que a moral deve ser apreendida no convívio social, sendo que o liberalismo ignora nossa inserção nas práticas comunais.³¹⁷ Os fundamentos da moral residem, portanto, não na filosofia, mas na sociologia ou, mais especificamente, na *política*.

Criticam ainda a suposta neutralidade estatal diante das distintas concepções de bem, o que resulta na separação entre espaço público (político) e espaço privado (pessoal). “Quando os comunitaristas afirmam que nem todos os planos de vida são igualmente valiosos, ou sugerem (...) a adoção de políticas de proteção à comunidade que delimitam nossas escolhas, o que nos mostram é sua completa rejeição a um ideal caracteristicamente liberal: o ideal referente à ‘neutralidade’ do Estado.”³¹⁸ Os comunitaristas tentam substituir o pluralismo (e suas conseqüências: a divisão, o conflito e a competição) por um ideal comum e unificado: a construção de uma cultura uniforme e comum harmonizadora dos interesses dos indivíduos. “A alternativa que apontam não é uma sociedade governada por normas reguladoras da conduta individual que permitam que as pessoas escolham as próprias formas de vida. É, em vez disso, uma sociedade governada por uma preocupação com o bem comum, em que o bem da comunidade é proeminente. Isto anda a par da rejeição da idéia de que a justiça é a primeira virtude das instituições.”³¹⁹ A moralidade é indissociada das

³¹⁵ GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, p. 140. “Daí que, para os comunitaristas, a pergunta vital para cada pessoa não é a de quem quero ser, o que quero fazer da minha vida – uma pergunta que parece ser própria da tradição liberal, defensora da plena autonomia dos indivíduos –, mas a de quem sou, de onde venho” (Idem, p. 140).

³¹⁶ GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, p. 140.

³¹⁷ Cf.: KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea, p. 273; e KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. Rawls, pp. 111-112.

³¹⁸ GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, p. 140.

³¹⁹ KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. Rawls, p. 114.

práticas sociais (tradição) de comunidades reais, sendo implausível buscar, através da razão abstrata, ideais de moral e justiça.³²⁰

De tal arte, diferentemente do liberalismo – que estabelece uma hierarquia *a priori* de valores (como a igualdade de liberdade e de oportunidades, no caso de Rawls, ou a igualdade de tratamento, no de Dworkin), sendo o justo aquilo que respeita *esses* super valores (os direitos da liberdade e da igualdade) –, o comunitarismo considera mais importante a realização dos valores substantivos compartilhados pela comunidade (que compõem o bem comum ou interesse público), e não sente pejo em defender ou incentivar uma determinada forma de vida em detrimento das demais. Os valores inerentes ao bem comum ou ao interesse público são variáveis conforme a tradição de cada cultura, de cada sociedade; além de serem variáveis no espaço, tais valores que não se acham prontos e acabados, senão que devem ser construídos através de práticas culturais, donde uma certa variabilidade temporal.

Os direitos, portanto, dependem daquilo que é bom para a comunidade; “provêm de conceitos compartilhados de bens sociais, são locais e particulares em caráter.”³²¹ Conforme observa Kymlicka, é o modo de vida da comunidade que serve da base para uma hierarquização de valores.³²² A prevalência de um valor sobre outro em situação de confronto é uma questão que deve ser solucionada no caso concreto, observado o contexto cultural e temporal.³²³ A hierarquização se dá pela ponderação e juízo político dos valores contrapostos – ainda que esse juízo emane de uma decisão judicial. Quando emanado do parlamento ou de outros órgãos de deliberação política coletiva, o justo no mais das vezes é definido a partir da decisão da maioria nele representada.³²⁴

De tal arte, exige-se uma dada concepção de Estado que se organize e funcione de tal forma a respeitar e promover, antes de mais, a cultura e a moral subjacente às tradições culturais da comunidade, identificando aí os valores correntes

³²⁰ Cf. KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. Rawls, p. 115.

³²¹ Cf. WALZER, Michael. Esferas da Justiça, p. XIX.

³²² Cf. KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea, p. 264.

³²³ Cf. WALZER, Michael. Esferas da Justiça, p. 5.

³²⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade, pp. 24-25.

que deverão inspirar as decisões e ações estatais.³²⁵ “Um Estado comunitário” – observa Kymlicka – “pode e deve encorajar as pessoas a adotar concepções de bem que se ajustem ao modo de vida da comunidade, ao mesmo tempo em que desencoraja concepções do bem que entrem em conflito com aquelas.”³²⁶

³²⁵ “Esse ‘compromisso’ estatal pode chegar a implicar – para alguns – a promoção de um ambiente cultural rico (de forma que melhore a qualidade das opções dos indivíduos), a proteção de certas práticas ou tradições consideradas ‘definidoras’ da comunidade, a criação de fóruns para a discussão coletiva, o fornecimento de informação de interesse público, etc.” (GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça* depois de Rawls, pp. 141/142).

³²⁶ Cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, pp. 264/265.

III. O REPUBLICANISMO: UM CAPÍTULO À PARTE

Ainda uma outra corrente de pensamento renasceu ao fim do século XX graças ao trabalho de historiadores angloamericanos, e vem recentemente abrigando tanto comunitaristas como liberais, especialmente os liberais igualitários: o republicanismo.³²⁷ Suas raízes históricas remontam à antiguidade grega clássica (Homero, Sófocles, Eurípedes, Tucídides, Heródoto); depois de ter alcançado notável desenvolvimento durante a república romana (Lívio, Salústio, Plutarco, Cato, Ovídio, Juvenal, Cícero e Sêneca), seu ideal foi resgatado pelas cidades-estado da Itália renascentista (Bruni, Maquiavel) sendo mais tarde, nos séculos XVII e XVIII, sedimentado pela teoria política britânica (James Harrington, John Milton) e pelo Iluminismo francês (Montesquieu e, para alguns, Rousseau e Tocqueville), até chegar ao constitucionalismo americano (John Adams, James Madison, Thomas Jefferson).³²⁸

O significado do *republicanismo* pode ser apreendido a partir do que foram historicamente os vários republicanismos, já que os autores e os temas em certa medida se repetem. Mas é suficiente – para poder isolar o “mínimo denominador comum” que subjaz à tradição republicana – ter em conta o movimento que se engendrou particularmente na Inglaterra do século XVII, e que esteve na base do constitucionalismo dos Estados Unidos, onde o debate liberal-comunitário tem se desenvolvido de maneira mais aguda e em meio ao qual essa tradição vem sendo

³²⁷ Essa corrente pode ser compatível não apenas com o *liberalismo igualitário* e com o *comunitarismo*, mas inclusive com o *utilitarismo*. Thomas Jefferson parece ter professado – não talvez sem alguma incoerência ou contrafaticidade – um tipo de republicanismo que agasalhava um princípio de utilidade: “Herdeiro das Luzes, principalmente as escocesas, Jefferson, deísta e finalista, afirma a existência no homem de um sentido moral inato, correlativo à sua natureza social, e que o leva a querer o bem dos seus semelhantes e o justo: (...). Este cálculo do bem para os outros se chama de utilidade, e é nele que consiste a ‘medida e o critério da virtude’. No indivíduo, é a razão (‘mas só há necessidade de uma pequena reserva’ [Peterson, 1984, p. 902]) que permitirá o pleno uso do sentido moral lhe representando o justo cálculo segundo o qual seu verdadeiro interesse não está oposto àquele dos outros e da coletividade. Jefferson não condena, portanto, o interesse privado do indivíduo enquanto tal, mas somente esse interesse falso, mas calculado, consequência do egoísmo e de uma falta de razão, que é o ‘*self-interest*’. E é o sentido moral que permite conciliar o indivíduo e a sociedade, depois de trabalhar sem tragédia para a realização do corpo político, pois ele é o que permite ir da busca da felicidade à virtude, passando pelo interesse.” (LECHENET, Annie. O republicanismo americano: Jefferson (1743-1826) e a busca da felicidade. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). História Argumentada da Filosofia Moral e Política, p. 485)

³²⁸ Cf.: GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, pp. 183 e 185; PETTIT, Philip. *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Tradução de Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999, p. 38 *et seq.*; e BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O surgimento do Estado republicano. Lua Nova, São Paulo, n. 62, pp. 131-150, 2004, p. 135 *et seq.*

resgatada desde o final do século XX.³²⁹ Instaurada a dinastia Hannover, o rei implementara um esquema de controle do Parlamento chamado de “a dívida nacional” ou “o crédito público”: basicamente, o rei empenhava as arrecadações futuras dos impostos (gravando indiretamente, destarte, os bens reais dos súditos, isto é, suas terras) como garantia de empréstimos financeiros obtidos de particulares, que lhe davam suporte para, primeiro, adotar uma política de “patronagem real” (oferta de cargos, pensões e outros privilégios aos parlamentares) em troca de apoio político e, em segundo, para equipar um “exército permanente”, necessário às expansões coloniais – o que obviamente ensejou oposição:

A oposição ao sistema Hanoveriano ergueu-se precisamente contra este tripé – a dívida nacional, a patronagem e o exército permanente – que era visto como uma ameaça a dois fundamentos da “liberdade dos súditos”. Primeiro, a “balança da Constituição”, isto é, o equilíbrio de poderes entre os três componentes do governo: o rei, os lordes e os comuns. Segundo, os meios de independência política dos simples cidadãos, os quais eram associados à propriedade da terra. O crescimento da dívida nacional tornava precária a segurança da propriedade da terra e a hipertrofia da Coroa ameaçava a balança constitucional, a qual, ao se combinar com a existência de um exército permanente sob controle direto da Corte, punha o país sob o fantasma de uma tirania militar.³³⁰

Essa oposição apresentava, portanto, uma crítica que representava toda a tradição inspirada sobretudo no discurso republicano renascentista: “a idéia de que todas as formas de governo estão sujeitas à ‘corrupção’, que a ‘virtude cívica’ dos súditos é a grande barreira contra a corrupção dos governos e que o civismo não pode ser cultivado sem que haja meios de independência dos governados em relação aos governantes, cujo pressuposto é a propriedade da terra.”³³¹ Mas o ambiente histórico em que esse movimento de contestação se desenvolve (a iminente Revolução Industrial inglesa) colocava esses valores em tensão; os republicanos ingleses estavam dispostos a aceitar a economia monetária, o sistema de comércio e a divisão do trabalho que se formavam, mas não sem limites que pudessem preservar a virtuosa função política: “Daí o ataque, não à economia monetária em si, mas à dívida nacional,

³²⁹ Cf.: GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*, p. 185 e PETTIT, Philip. *Republicanism*, p. 38.

³³⁰ ARAÚJO, Cícero. Apresentação e entrevista. In: POCOCK, John G. A. *A angústia republicana*. Lua Nova, São Paulo, n. 51, pp. 31-40, 2000, p. 33.

³³¹ ARAÚJO, Cícero. Apresentação e entrevista. In: POCOCK, John G. A. *A angústia republicana*, p. 33.

e não à divisão do trabalho em si, mas à especialização do representante dos cidadãos como político profissional dedicado em tempo integral às intrigas do Parlamento e da Corte, ou à especialização do cidadão-miliciano como soldado profissional.”³³² Quando os colonos ingleses na América se revoltaram contra o Império britânico eles fizeram apropriar-se precisamente dessa maneira de pensar.³³³

O “mínimo denominador comum” do pensamento republicano tem a ver, destarte, com a *garantía da liberdade* (relacionada à idéia de autogoverno) e com determinados *valores cívicos* que o cidadão deve portar consigo para exercê-la e preservá-la.³³⁴ Gargarella o sintetiza:

Antes de mais, em sua rejeição da dominação e da tirania, o republicanismo reivindicou uma idéia vigorosa de liberdade. Essa liberdade precisava, para sua preservação, da virtude dos cidadãos; e essa virtude, por sua vez, necessitava de certas condições políticas e econômicas. Um bom governo, portanto, devia contribuir para manter e desenvolver estas condições, e apoiar a presença de cidadãos virtuosos, politicamente ativos.³³⁵

O republicanismo sempre esteve relacionado à exigência de determinadas virtudes: não apenas “virtudes político-civis”, como as que valorizam a participação dos cidadãos no autogoverno (o que exige uma dada concepção de pessoa); também

³³² ARAÚJO, Cícero. Apresentação e entrevista. In: POCOCK, John G. A. A angústia republicana, p. 34. Araújo explica que a “angústia republicana”, o “estado de espírito atormentado”, a que se refere Pocock, diz com a fragilidade desses limites no mundo moderno, em que não apenas os políticos mas também os cidadãos se tornam politicamente corruptíveis pelo poder do dinheiro; essa tormenta, essa angústia, decorre, então, do fantasma da corrupção (Ibidem, pp. 34 e 36).

³³³ Philip Pettit, observa que quando da Revolução Americana os ingleses já estavam imbuídos da idéia (liberal clássica) de liberdade negativa (*liberdade como não-interferência*), enquanto os colonos americanos haviam encampado a idéia republicana de *liberdade como não-dominação*. Cf. PETTIT, Philip. Republicanismo, p. 40.

³³⁴ Cf.: GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, pp. 184/185; e BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O surgimento do Estado republicano, p. 135 *et seq.* Dentre os *valores cívicos* figuram especialmente a coragem e a prudência, e ainda a igualdade, a simplicidade, a honestidade, a benevolência, a moderação, o patriotismo, a integridade, a sobriedade, a abnegação, a laboriosidade, o amor à justiça, a generosidade, a nobreza, a solidariedade e o compromisso com o destino dos demais. Correlatamente, são identificados alguns *vícios de conduta*, como a ambição, a avareza, o orgulho, o egoísmo, a prodigalidade, a ostentação, o refinamento, o cinismo, a covardia, a extravagância e o luxo; e alguns *vícios sociais*, como a corrupção e a opressão. Cf. GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, pp. 187/188.

³³⁵ GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, p. 190 (os itálicos são do autor). Pettit, de seu turno, afirma: “*La tradición republicana fue unificándose con el transcurso del tiempo, en parte por deferencia a las mismas autoridades textuales, en parte por un entusiasmo compartido por los ideales y las lecciones de la República romana, en parte por el énfasis puesto en la importancia de disponer de ciertas instituciones: por ejemplo, un imperio de la ley, como se dijo a menudo, en vez de un imperio de los hombres; una constitución mixta, en la que diferentes poderes se frenan y contrapesan mutuamente y un régimen de virtud cívica, régimen bajo el cual las personas se muestran dispuestas a servir, y a servir honradamente, en los cargos públicos. Al final, el elemento unificador más importante de la tradición puede haber sido el hábito de conceptualizar la libertad de un modo característicamente distinto.*” (PETTIT, Philip. Republicanismo, p. 38)

“virtudes político-institucionais”, a saber, dadas precondições políticas e econômicas, que assegurem a liberdade e afastem a tirania e o arbítrio (o que exige uma dada concepção de organização sócio-política).³³⁶ O seu principal legado para o pensamento atual reside na “idéia de que o autogoverno exige que as *instituições básicas* da sociedade – e, assim, o modo como se organiza o sistema de governo, o modo como se regula a economia – fiquem sob pleno controle dos cidadãos, e sejam orientadas para favorecer o ideal de cidadania assumido por eles.”³³⁷ No *plano político*, a fim de assegurar a liberdade do povo através de sua participação direta ou indireta no governo e em seu controle, a tradição republicana defendeu, por exemplo: a participação popular na forma de organização pública (Roma republicana); a adoção de um sistema imparcial para escolha de servidores públicos (Florença e Veneza renascentistas); a ampliação de direitos políticos, até então restritos a uma pequena elite, e eleições periódicas mais freqüentes (Inglaterra, especialmente no final do séc. XVII); métodos de rotatividade obrigatória nos cargos eletivos e instruções para os representantes, bem como o direito de revogação dos mandatos vinculados (alguns Estados norte-americanos independentes). No *plano econômico*, a tradição republicana postulou medidas destinadas a despertar as virtudes individuais, tais como: a idéia de que os trabalhadores tivessem maior proximidade com os meios de produção (como a defesa de uma “república agrária”, ou de uma “república de artesãos”), através de medidas que, por exemplo, limitassem o acesso à terra, de maneira a proporcionar a todos o seu quinhão (esse o ideal defendido na Inglaterra por James Harrington e, nos EUA, por Thomas Jefferson e Charles Lee).³³⁸

Com isso, os republicanos tenderam a defender uma organização estatal que proporcionasse a discussão pública sobre o bem comum, na medida em que essa discussão era vista como uma forma de servir ao autogoverno e de dar voz à

³³⁶ A lembrança de Rawls (e sua afirmação de que *justiça* é a “primeira virtude” das sociedades), e de Dworkin (para quem a *igualdade* é a “virtude soberana” da sociedade) é, aqui, inevitável.

³³⁷ GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, pp. 190/191.

³³⁸ Cf.: GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, pp. 191-197; especialmente GARGARELLA, Roberto. As précondições econômicas do autogoverno político. In: BORON, Atilio A. Filosofia Política Contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo-USP, 2006, pp. 279-294.

cidadania.³³⁹ Para o republicanismo é razoável o Estado usar todo o seu aparato coercitivo a fim de infundir dadas virtudes cívicas (bem) e de reprimir o que considera serem vícios (mal): “o caráter moral dos indivíduos é uma questão de interesse público, e não privado.”³⁴⁰ No fim, o republicanismo defende a construção política compartilhada da vida e do destino comuns, para o que exige participação cidadã ativa.

Em suma, para o republicanismo, o que distingue a política é (...) “a possibilidade de uma intervenção ativa, compartilhada, coletiva, deliberada, em nosso próprio destino, no que seria, de outro modo, o mero subproduto de decisões privadas. [Isso porque] só na vida pública podemos, de forma conjunta, e como uma comunidade, exercer nossa capacidade humana para ‘pensar o que fazemos’ e encarregar-nos da história com a qual estamos constantemente comprometidos.”³⁴¹

As teorias republicanas procuram articular dois sentidos da liberdade – e no contexto dessa discussão a obra de Isaiah Berlin é um ponto de partida inarredável. Para Berlin, a *liberdade negativa* implica na possibilidade de agir sem a interferência coatora de uma vontade externa; a coação implica em uma intervenção deliberada efetiva na vida de uma pessoa por parte de terceiros, quando estes a impedem de agir ou de alcançar um determinado fim. A *liberdade positiva*, de seu turno, envolve a possibilidade de cada pessoa ser o condutor da sua própria vida, agindo na conformidade de suas próprias decisões, sendo instrumento para alcançar os próprios fins (e não os fins de terceiros).³⁴² Berlin enfrentou a distinção entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, identificando a liberdade positiva com a primeira (*populistas*) e a liberdade negativa com a segunda (*liberais*); e, como todo bom liberal clássico, fez a defesa da liberdade negativa.³⁴³

O pensamento republicano atual tem procurado articular alguma forma de relacionamento entre essas duas liberdades. De maneira geral, republicanos mais próximos do comunitarismo valorizam a participação política (liberdade positiva) como um bem em si, enquanto os republicanos mais próximos ao liberalismo

³³⁹ Cf. GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, pp. 193/194.

³⁴⁰ GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça Depois de Rawls, p. 199.

³⁴¹ GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça Depois de Rawls, p. 195.

³⁴² Cf. BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty*. In: GOODING, Robert. E.; PETTIT, Philip (Ed.). *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. Oxford/Cambridge: Blackwell Publishers, 1997, p. 393 *et seq.* e p. 397 *et seq.*

³⁴³ Cf. BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty*, pp. 410-411.

concebem a participação como uma forma de asseguramento da autonomia individual (liberdade negativa).

1 O REPUBLICANISMO COMUNITÁRIO

Sem dúvida o republicanismo mantém indisfarçáveis pontos de contato com o comunitarismo – se bem que com ele não se confunda.

Um e outro diferem, basicamente, na maneira como a concepção de bem se vincula à história e às tradições da comunidade: o *comunitarismo*, para decidir o seu futuro, volta-se para o passado (*De onde viemos? A que comunidade pertencemos?*), como que querendo assegurar suas tradições e sua identidade, enquanto o *republicanismo* não tem esse comprometimento, e toma decisões sobre o futuro de acordo com o próprio futuro que almeja (*Que tipo de comunidade queremos construir? O que desejamos ser?*);³⁴⁴ não significa obviamente que o comunitarismo não evolua, nem que o republicanismo não valorize a história, senão que o primeiro procura evoluir sem rupturas e sobressaltos, enquanto o segundo vê a história como uma bússola para o futuro, visando aprender com ela para tomar decisões melhores quanto ao porvir; Forst observa que o bem comum pode ser pensado ou como uma *substância* dada de modo pré-político, isto é, como essência da comunidade, ou pode ser o resultado de um *processo discursivo*.³⁴⁵ O republicanismo difere do comunitarismo também quanto à identidade das pessoas: se no comunitarismo a identidade é constituída por uma comunidade ética (pelo sentido de pertencimento ou de inserção em uma *narrativa transcendente*), no republicanismo ela é definida a partir de determinadas virtudes predispostas ao diálogo *na atualidade* (cada geração tem direito ao seu autogoverno).³⁴⁶ Por fim, diferem ainda quanto à posição que assumem frente à concepção de bem: o *comunitarismo* se acha mais estreitamente vinculado a uma dada concepção de bem comum substantivo, ao passo que o *republicanismo* se compromete

³⁴⁴ Cf. GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, p. 206.

³⁴⁵ Cf. FORST, Rainer. Contextos da Justiça, p. 130. Forst chama ambas as vertentes de comunitarismo: o comunitarismo substancialista e comunitarismo republicano-participativo.

³⁴⁶ Cf.: GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, p. 207; FORST, Rainer. Contextos da Justiça, p. 130.

com certos valores individuais (as virtudes cívicas), mas não com um a concepção de bem mais ampla.³⁴⁷

Por outro lado, republicanismo e comunitarismo entretêm outros tantos pontos de contato. Não deixa de ser sintomático que o próprio MacIntyre afirme uma certa compatibilidade de sua teoria com aquela professada pelo republicanismo. “Fundamental a essa tradição” – afirma ele, referindo-se à tradição republicana – “é a idéia de um bem público que precede e se caracteriza independentemente da soma dos desejos e interesses individuais. A virtude no indivíduo não é nada mais nada menos que permitir que o bem público seja o modelo de comportamento individual. As virtudes são as disposições que sustentam essa obediência predominante.”³⁴⁸ Por outro lado Walzer – que, sobre se ocupar com a distribuição no âmbito nacional, defende também uma teoria da justiça no âmbito internacional – aparentemente nega qualquer vinculação de seu pensamento com a tradição republicana, a qual ele parece considerar profícua apenas em pequenos agrupamentos sociais,³⁴⁹ mas mesmo assim há quem sustente que a sua crítica contra a neutralidade estatal não possa ser compreendida senão em termos republicanos.³⁵⁰

Embora seja difícil “rotular” cada autor em uma dada corrente (amiúde Alasdair MacIntyre, Michael Walzer, Michael J. Sandel e Charles Taylor são indistintamente enquadrados como comunitaristas), o que importa destacar no comunitarismo (ou comunitarismo substancialista) e no republicanismo (ou comunitarismo republicano-participativo, ou comunitarismo estrutural) é que ambos

³⁴⁷ Cf. GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça depois de Rawls, p. 209.

³⁴⁸ MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude, p. 397. Entretanto, para MacIntyre, a tradição republicana representa apenas uma tentativa parcial de restauração do que ele chama de “tradição clássica” (Idem).

³⁴⁹ Walzer afirma: “Costuma-se argumentar atualmente que o Estado não-neutro, cujas atividades eu tentei de alguma forma justificar, é melhor compreendido em termos republicanos. Um renascimento do republicanismo neoclássico fornece grande parte da substância da política comunitária contemporânea. O renascimento, devo dizer, é essencialmente acadêmico; (...). O republicanismo pelo contrário é uma doutrina unitária e integrada em que a energia e o compromisso estão focados principalmente na esfera política. É uma doutrina adaptada (em ambas as formas clássica e neoclássica) às necessidades de pequenas comunidades homogêneas, onde a sociedade civil é radicalmente indiferenciada. Talvez a doutrina possa ser estendida para dar conta de uma ‘república das repúblicas’, uma revisão descentralizada e participativa da democracia liberal. Um reforço considerável dos governos locais seria então necessário, na esperança de incentivar o desenvolvimento e a exibição da virtude cívica pluralista em uma variedade de contextos sociais. (...). Agora estamos a imaginar o Estado não-neutro capacitando as cidades, vilas e bairros; promovendo, comitês de bairro e departamentos de recurso; e sempre à espreita de bandos de cidadãos prontos a assumirem a responsabilidade pelos assuntos locais.” (WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*, pp. 19/21 [tradução livre])

³⁵⁰ Cf. FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. O comunitarismo cívico em Walzer e Putnam. Lua Nova, São Paulo, n. 51, pp. 71-96, 2000.

comungam mais ou menos das mesmas críticas dirigidas ao liberalismo, a saber, aquelas contra a concepção atomista de pessoa; contra a concepção de liberdade (negativa); contra a prioridade dos direitos em relação às políticas de bem comum; contra à neutralidade estatal. Ambos defendem um Estado comprometido com uma noção de bem comum compartilhado entre os indivíduos (seja esse bem comum transcendente ou definido politicamente), supondo, para tanto, uma dada concepção de pessoa que tenha condições de se autogovernar (liberdade positiva).³⁵¹

1.1 O “eu” conectado e a república autogovernativa de Sandel

Michael J. Sandel se apresenta como um dos críticos mais acerbos do liberalismo – inclusive e notadamente do liberalismo igualitário na vertente rawlsiana. Sua obra principal é *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, de 1982.³⁵² Nela, suas observações assumem muito mais o caráter de uma crítica contundente do que de proposição de uma teoria alternativa; a sua concepção teórica resulta muitas vezes implícita em suas críticas.³⁵³ Ele se dirige especialmente à concepção de pessoa que o liberalismo – e a república processual (ou procedimental) a ele inerente – pressupõe.

Para Sandel, o liberalismo atual possui pelo menos duas notas características: a primeira diz com a forma pela qual relaciona o direito e o bem; a segunda, com a forma pela qual relaciona a liberdade com o autogoverno. A república processual (ou procedimental) liberal se orienta pela idéia de direito, como algo anterior e

³⁵¹ Quem, por exemplo, inclui a todos entre os comunitaristas é Herrera-Gómez. Entretanto, ele classifica as perspectivas comunitaristas em duas grandes correntes: uma *orgânica*, alusivo a um forte sentido de comunitarismo (comunitarismo substancialista), que reivindica um dado modelo de comunidade subtraído da história, que teria sido esquecido nas modernas sociedades liberais; outra *estrutural*, que postula um sentido mais débil de comunitarismo (comunitarismo republicano), que dentro do marco moral, político e jurídico exige apenas a presença de alguns elementos básicos de definição que teriam sido excluídos dentre os que deveriam ocupar lugar central na comunidade e cultura tradicional, mas não chega a estabelecer de maneira categórica qual comunidade é essa, ou o alcance de sua superioridade moral – dentre aqueles figurando MacIntyre e Sandel e, dentre estes, Walzer e Taylor. Cf. HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 212.

³⁵² Cf. SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

³⁵³ Cf. HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 156. Não obstante, em artigos e obras posteriores ele tem esposado um perfil nitidamente republicano. A esse propósito, cf. especialmente: SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self. Political Theory*, v. 12, n. 1, pp. 81-96, fev.1984; SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy*. Harvard University Press, 1996; SANDEL, Michael J. *What money can't buy: the moral limits of markets. The Tanner Lectures on Human Values*, Oxford, pp. 89-122, may.1998; e SANDEL, Michael J. *The politics of public identity. The Hedgehog Review*, pp. 72-88, Spring/2000.

independente da idéia de bem; ela confere aos indivíduos direitos que possibilitam a cada um realizar a sua idéia de bem, o que supõe uma concepção de justiça apoiada em princípios neutros, que não assumem compromisso com nenhum fim particular.³⁵⁴ Segue que a idéia de liberdade da república processual liberal possui apenas uma dimensão negativa; ela se define como um limite à democracia, como uma garantia do indivíduo contra a vontade da maioria; a pessoa é livre na medida em que tem direitos e tais direitos funcionam como trunfos contra os demais e o Estado.³⁵⁵ Na Constituição e nas leis da república processual liberal, “a sociedade só visa proporcionar um quadro no qual os cidadãos possam exercer os seus próprios valores e fins, de acordo com uma liberdade semelhante para os outros.”³⁵⁶

A formulação liberal de que *o direito antecede o bem* é considerada por Sandel um apelo filosófico profundo e poderoso, se bem que, não obstante, fadado ao fracasso. Ele tira essa ilação de um pressuposto essencial ao liberalismo, a saber, da concepção de pessoa que ele adota: mais do que um conjunto de princípios reguladores, a teoria liberal é também uma visão sobre a maneira como é o mundo, e sobre a maneira como as pessoas se movem dentro dele; e a concepção de pessoa que se encontra no centro da ética liberal é de um tipo que Sandel chama de “eu desconectado” (*unencumbered self*), desprovido de laços sociais.³⁵⁷ O que o incomoda é que, em despeito de tudo, essa visão liberal é de fato aquela em que vivemos. Suas críticas se ocupam então, basicamente, das razões que fazem do liberalismo uma teoria

³⁵⁴ Especificamente com relação à vertente liberal igualitária de Rawls, Sandel interpreta sua afirmação de que *o direito antecede o bem* em dois sentidos: primeiro, que os direitos individuais não podem ser sacrificados em favor do interesse público (no que se opõe o utilitarismo); segundo, que os princípios de justiça de que derivam esses direitos não podem ser premissas de uma visão particular da boa vida (no que se opõe às concepções teleológicas em geral). Cf.: SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, p. 10; SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 82.

³⁵⁵ Cf.: SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 82 e pp. 93/94; e SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent*, pp. 25/26.

³⁵⁶ SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 82 (tradução livre). Charles Taylor menciona que uma república procedimental não define em primeira instância que bens a sociedade promoverá, senão que define apenas como serão determinados os bens a serem promovidos, conforme as aspirações e exigências dos indivíduos que a compõem. “O que é fundamental aqui são os procedimentos de decisão” – donde resulte que direitos e interesses sejam realizados não tanto pela via de um sistema democrático representativo, mas especialmente pela via judicial. Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000, pp. 202-203.

³⁵⁷ Cf.: SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, p. 39 *et seq.*; SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, pp. 82-83; GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*, pp. 140-141; KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 266.

atrativa e ao mesmo tempo inexoravelmente destinada ao fracasso. A partir delas é possível depreender a proposta que formula.

Sandel identifica a influência do pensamento de Kant na concepção de pessoa do liberalismo atual. Nas teorias teleológicas (o utilitarismo, especialmente), o justo se relacionaria a determinados fins (objetos de desejos, interesses e preferências); entretanto, as pessoas têm desejos, interesses e preferências (ou seja, fins) diferentes umas das outras, de maneira que o justo, assim considerado, tornar-se-ia *contingente* – algo que Kant definitivamente rejeitava: para ele, a lei moral exige uma base *categorial*. Tanto em Kant como em Rawls a justiça é mais do que um valor qualquer: ela é o que define a estrutura no âmbito da qual se desenvolve o “jogo de valores e fins concorrentes”, devendo, portanto, ser estabelecida de maneira antecedente. Se o direito deriva da liberdade dos indivíduos em suas relações externas, e não de uma natureza humana essencial (a busca do bem e da felicidade), há necessidade de uma base anterior aos fins empíricos. Essa base da lei moral encontra-se não no *objeto* da razão prática, não em algum fim empírico, mas no *sujeito*, um “sujeito de fins”, capaz de uma vontade autônoma, que se eleva acima de si mesmo enquanto parte do mundo dotado de sentidos. Esse sujeito – afirma Sandel – somos *nós*: “A lei moral, afinal, é uma lei que damos a *nós mesmos*; nós não a *encontramos*, nós a *queremos*.”³⁵⁸ Só que esse eu (nós) que escapa do mundo real e dos fins meramente empíricos e exerce sua vontade não é o eu (nós) enquanto pessoa do mundo real, mas enquanto sujeito transcendental.³⁵⁹ Para o liberalismo, a noção de um sujeito anterior e independente da experiência, tal como o sujeito kantiano, parece indispensável à possibilidade da liberdade. Uma vez que na filosofia moral o sujeito é anterior aos seus fins, correlatamente na política o direito também antecede ao bem. “A sociedade é melhor

³⁵⁸ SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 84 (tradução livre). Cf. também SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, p. 29 *et seq.*, p. 39 *et seq.* e p. 85 *et seq.*

³⁵⁹ “*En Kant*” – anota Herrera Gómez – “*el primado incondicionado del deber y la universalidad de la ley moral están conectados con la (y fundados sobre) libertad del sujeto transcendental: éste – de forma diferente a lo empírico – que puede estar aferrado como objeto de nuestra percepción interna – no pertenece al mundo sensible, no está influenciado por sus cambios y por su causalidad, sino que es plenamente libre respecto a toda la relación extrínseca, en cuanto se presenta como sujeto subyacente a los fenómenos meramente psíquicos y anterior a la experiencia, que permite unificar las diferentes sensaciones internas, desconectadas y discontinuas, en la unidad del yo. No pertenece al mundo fenoménico – por ello puede ser llamado verdadera y plenamente libre –, pero, solamente determinado por los dictámenes de la pura razón, y ligado a un mundo ideal, el reino ultrasensible de los fines.*” (HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, pp. 177/178).

organizada quando é governada por princípios que não pressupõem qualquer concepção particular de bem, pois qualquer outro acordo falharia em respeitar as pessoas como seres capazes de escolha; isso seria tratá-los como objetos em vez de sujeitos, como meios e não fins em si mesmos.”³⁶⁰

Para Sandel, Rawls se lança em uma empreitada singular: ele procura fundamentar a anterioridade do direito através da conciliação do idealismo transcendental kantiano com um empirismo razoável: daí o recurso à posição original. A posição original tenta proporcionar uma base para o argumento de que o direito é anterior ao bem, mas é ainda situado no mundo. Sua teoria da justiça como equidade pressupõe um certo tipo de pessoa que, malgrado não seja um sujeito transcendental como o de Kant, ainda assim é alguém com uma dada maneira de ser, se for uma pessoa para quem a justiça é a primeira virtude: é um eu sem conexões, um eu anterior e independente de seus fins.³⁶¹ Significa – para essa teoria – que há sempre uma distinção entre o que se *é* e o que se *tem* (valores, inclusive). Mesmo que a pessoa tenha uma série de características próprias (objetivos, ambições, desejos, etc.), sempre há um “eu” (sujeito) atrás dele, a uma certa distância, e a forma deste “eu” deve ser dada antes de qualquer um dos objetivos ou atributos que o *eu* carregará consigo. Isso permite ao eu apartar-se totalmente de sua experiência para proteger sua identidade; dito de outro modo, fica excluída a possibilidade de os fins constituírem a (identidade da) pessoa. “Para o eu desconectado, o que importa acima de tudo, o que é mais essencial para a nossa personalidade, não é o que escolhemos mas a nossa capacidade de escolhê-los.”³⁶²

Daí a conclusão a que inexoravelmente chega Sandel: se o eu antecede os seus fins (desejos e preferências), correlatamente o justo ou o direito antecede o bem.³⁶³ Só que uma tal concepção de pessoa traz obviamente conseqüências para o tipo de

³⁶⁰ SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 85 (tradução livre).

³⁶¹ Cf.: SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, pp. 29-37 e pp. 50-59.; SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, pp. 85-86; HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 178.

³⁶² SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 86 (tradução livre). Cf. também SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, p. 85.

³⁶³ “Apenas se o eu for anterior aos seus fins pode o direito ser anterior ao bem. Apenas se a minha identidade não estiver ligada a um dos objetivos e interesses que eu possa ter a qualquer momento posso eu pensar em mim como um agente livre e independente, capaz de escolha.” (SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 86 [tradução livre])

agrupamento social de que se é capaz de formar. Pessoas formais, desconectadas de quaisquer laços sociais, livres para ingressar e sair a qualquer momento de qualquer grupo ou união social, somente podem formar o que ele chama de *comunidade cooperativa*.³⁶⁴ Esse tipo de pessoa não pode pertencer a qualquer *comunidade constitutiva*, unida por laços morais antecedentes a um ato de vontade ou escolha, que envolva a identidade e os interesses dos que nela participem (e exijam, destarte, uma cidadania mais profunda). Para a justiça ser primária, é preciso apartar-se de toda contingência, de toda circunstância.

Livres da tensão da natureza e da sanção dos papéis sociais, o sujeito humano é tido como soberano, expresso como o autor dos únicos significados morais que existem. Como participantes da pura razão prática, ou como partes da posição original, somos livres para construir os princípios de justiça limitados por uma ordem de valores dada de maneira antecedente. E, como seres individuais reais, somos livres para escolher os nossos propósitos e fins desacoplados desta ordem ou pelo costume ou tradição ou *status* herdado.³⁶⁵

Enquanto não sejam injustas, as concepções de bem por nós escolhidas, quaisquer sejam elas, são plenamente realizáveis pelo simples fato de as termos escolhido. Esta é uma promessa estimulante, e o liberalismo que a anima é talvez a expressão máxima da busca do Iluminismo para o sujeito que se autodefine. Mas Sandel questiona se ela pode mesmo ser cumprida, se é possível dar sentido a uma vida moral e política à luz da auto-imagem que essa promessa requer. Para ele, tanto o princípio da diferença da teoria da justiça como equidade, de Rawls, como o princípio da maior utilidade, são princípios de partilha que, como tais, devem supor algum laço moral anterior entre aqueles cujos bens seriam realizados e aqueles cujos esforços individuais se inscreveriam em um esforço comum. Do contrário, ambos os princípios resumem-se em fórmulas para utilizar uns como meios para fins de outros – algo que o liberalismo definitivamente rejeita.³⁶⁶

Não há, no entanto, nada que possa servir de base moral para essa partilha pelo princípio da diferença: é impossível ao mesmo tempo admitir a prioridade da justiça e

³⁶⁴ Em semelhante sentido, Taylor alude à sociedade liberal da república procedimental como uma mera “associação de indivíduos”, cuja função é apenas a de facilitar o máximo possível a realização do plano de vida de cada um. Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, p. 202.

³⁶⁵ SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 87.

³⁶⁶ Cf. SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 89.

aceitar o princípio da diferença como um princípio de justiça; as pessoas não podem viver distantes da própria compreensão acerca de quão especiais elas são (enquanto membros de uma família, comunidade, nação ou povo, como portadores de uma história, como cidadãos de uma república).³⁶⁷ Esses vínculos intersubjetivos são mais do que valores e fins que uma pessoa possa ter e manter a uma certa distância; vão além de deveres que ela voluntariamente incorre e de direitos alheios que deve respeitar, deles podendo resultar alguns deveres maiores do que a justiça pode exigir, permitir ou ser capaz de proporcionar, em razão de laços e compromentimentos duradouros que, em conjunto, definem parcialmente a identidade de cada um.³⁶⁸ Os valores e fins, portanto, são também constitutivos das pessoas:

Ter caráter é saber que eu me movo em uma história que não determino e nem comando, o que todavia acarreta conseqüências para as minhas escolhas e conduta. Ele me empurra para mais perto de alguns e mais distante dos outros; torna alguns objetivos mais adequados, outros menos. Como um ser auto-interpretativo, eu sou capaz de refletir sobre a minha história e, nesse sentido, de me afastar, mas a distância é sempre precária e provisória, o ponto de reflexão nunca fica finalmente garantido fora da própria história. Mas a ética liberal coloca a eu fora do alcance de sua experiência, além da deliberação e da reflexão. Negados os auto-entendimentos expansivos que possam influenciar a vida em comum, o eu liberal é deixado ao desamparo entre o desprendimento de um lado e o emaranhamento de outro. Tal é o destino do eu desconectado, e sua promessa de libertação.³⁶⁹

Uma vez que a neutralidade e o individualismo conduzem à separação entre o público e o privado, Sandel considera o forte argumento prático segundo o qual é possível à pessoa ter fins constitutivos, mas apenas na vida privada (entre família, amigos e certos grupos muito unidos), e não na vida política, porque no moderno Estado-nação esse tipo de pessoa conduziria a uma atuação obscura em vez de transparente e imparcial; isso justificaria, pelo menos no âmbito público, a prioridade do direito. Mas para Sandel essa visão liberal não é moralmente auto-suficiente, e a rigor é dependente de uma noção de comunidade que ela oficialmente rejeita. Tal visão

³⁶⁷ Essa crítica de Sandel é comentada e ratificada por Taylor. Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, pp. 200/201.

³⁶⁸ Cf. SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 90.

³⁶⁹ SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, pp. 90/91 (tradução livre); SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, p. 236.

deveria basear-se num sentimento de comunidade que o liberalismo não pode, contudo, fornecer (e pode mesmo prejudicar).³⁷⁰

Ao buscar esse sentido, ele se depara com o seguinte paradoxo na relação entre *cidadão* e *Estado de bem-estar social* moderno: mesmo que na década de 1980 se tenha chegado muito próximo da *conclusão de um projeto liberal*, com a ampliação de direitos e garantias individuais, ainda assim há um sentimento geral de que *o controle sobre as forças que governam nossas vidas está retrocedendo* em vez de aumentar – donde o sentimento simultâneo de *poder* e *impotência* do Estado-nação. “Por um lado, um número crescente de cidadãos vê o Estado como uma presença excessivamente intrusiva, com mais chances de frustrar os seus propósitos do que de promovê-los. E ainda, apesar do seu papel sem precedentes na economia e na sociedade, o Estado moderno parece impotente, incapaz de controlar efetivamente a economia doméstica, para responder a problemas sociais persistentes (...).”³⁷¹

Sandel acredita poder encontrar na prática da república processual duas tendências gerais renunciadas por sua filosofia: (i) primeiro, uma tendência a afastar o povo das possibilidades democráticas (contraposição entre democracia e liberdade, e apatia política); (ii) segundo, uma tendência para minar o tipo de comunidade da qual, todavia, a própria república depende.³⁷²

³⁷⁰ Cf. SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 91.

³⁷¹ Cf. SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, pp. 91/92. Para Sandel, esse paradoxo remonta às origens da república processual, que ele procura reconstruir. Embora em certa medida a história da república processual confunda-se com a própria fundação da república americana (1776), o drama central começa mesmo por volta da virada do século XX: com a substituição da economia nacional descentralizada por uma economia centralizada em mercados e empresas de escala internacional, as formas políticas descentralizadas se tornaram também obsoletas. “Se fosse para a democracia sobreviver, a concentração de poder econômico teria de ser preenchida por uma similar concentração de poder político.” Mas o êxito da democracia, mais que a centralização do governo, exigia também a nacionalização da política: “A principal forma de comunidade política tinha que ser reformulada em uma escala nacional.” Este projeto de nacionalização seria consumado no *New Deal* (1933-1937), cuja conquista histórica foi a de unir, em um único partido e programa político, o “liberalismo” e a “idéia nacional”. Assim, no século XX o liberalismo (que historicamente postulava um poder descentralizado) fez as pazes com o poder concentrado; mas essa paz exigia um forte senso de comunidade nacional do ponto de vista moral e político para subscrever o envolvimento prolongado de uma ordem industrial moderna. Uma república nacional próxima da democracia parecia a melhor esperança: ela tinha ainda, pelo menos no início, uma política do bem comum e não se apresentava à nação de maneira neutra em relação ao jogo de interesses concorrentes, mas sim como uma “comunidade formativa”, interessada em formar uma vida comum adequada à escala das modernas formas sociais e econômicas. Mas segundo Sandel esse projeto fracassou, em meados ou final do século XX. Somente em momentos extraordinários, como a guerra, a nação provou em grande escala como cultivar a auto-compreensão compartilhada necessária para a comunidade num sentido formativo ou constitutivo. Cf.: SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, pp. 92/93; e GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça* depois de Rawls, pp. 198/199.

³⁷² Cf. SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 93.

Se no início da república americana a liberdade era entendida como uma função das instituições democráticas que dispersava o poder, na república processual atual ela é definida em oposição à democracia, como uma garantia do indivíduo contra o que a maioria poderia querer: “Eu sou livre na medida em que eu sou o portador de direitos, onde os direitos são trunfos.”³⁷³. Na verdade, para Sandel, a liberdade na república processual moderna exige concentração e centralização de poder, pela própria necessidade de universalizar os direitos: quando se entende que uma pessoa tem um direito (quer à liberdade de expressão, quer a uma renda mínima), a sua provisão não pode ser deixada ao capricho de preferências dos governantes, senão que deve ser assegurada pelo nível mais abrangente de associação política; esse direito não pode ser reconhecido (ou ter um dado conteúdo) em um lugar do Estado, e não ser reconhecido (ou ter um outro conteúdo) em outro. Desse modo, assim como os direitos e garantias são ampliados, a política de igual forma se desloca de formas associativas menores para ser realocada em formas associativas mais ampliadas, mais universais, isto é, a nação. No entanto, assim como a política se eleva à nação, o poder se afasta das instituições democráticas (como parlamentos e partidos políticos) em direção a instituições destinadas a serem isoladas das pressões democráticas e, destarte, melhor equipadas para dispensar e defender os direitos individuais (nomeadamente o sistema judiciário e a burocracia).³⁷⁴

Isso tudo fornece apenas uma explicação parcial da impotência que o Estado do bem-estar social não apenas não resolve, como em alguns aspectos aprofunda. Há ainda um outro indício da nossa condição que lembra ainda mais diretamente a situação do eu desconectado (*unencumbered self*) – balançante entre desprendimento (*detachment*) e emaranhamento (*entanglement*) – e que representa uma característica marcante do Estado de bem-estar: ao mesmo tempo em que oferece uma poderosa promessa de direitos individuais, ele também demanda de seus cidadãos um elevado grau de engajamento mútuo. Entretanto, a auto-imagem compatível com a noção de direitos não pode sustentar esse engajamento. Como titulares de direitos (como “trunfos”), a pessoas vêm a si mesmas como seres individuais, livres para fazer suas

³⁷³ SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, pp. 93/94 e SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent*, pp. 25/26 (tradução livre).

³⁷⁴ Cf. SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, pp. 93-94.

escolhas e livres de qualquer obrigação anterior aos direitos ou aos acordos que fazem. “E ainda, como cidadãos da república processual que garante esses direitos, nos encontramos implicados indiscriminadamente em um formidável conjunto de dependências e expectativas que não escolhemos e que cada vez mais rejeitamos.”³⁷⁵

Em suma:

Em nossa vida pública, nós somos mais complicados, mas menos inscritos do que nunca. É como se o eu desconectado pressuposto pela ética liberal tivesse começado a se tornar realidade – menos liberado [*liberated*] do que desapoderado [*disempowered*], emaranhado numa rede de obrigações e envolvimento sem associação com qualquer ato de vontade, e ainda não mediadas por essas identidades comuns ou auto-definições expansivas que as tornariam toleráveis. Assim como a organização social e política tornou-se mais compreensiva, as condições de nossa identidade coletiva tornaram-se mais fragmentadas, e as formas de vida política sobrepujaram o propósito comum necessário para sustentá-las.³⁷⁶

Mas Sandel não é muito enfático em afirmar quais as condições institucionais que a república numa sociedade atual deve ter; n’outro dizer, ele não aborda a questão fundamental do sentido do político numa situação histórica marcada pelo pluralismo.³⁷⁷ Limita-se a dizer – diferenciando a república processual da república “autogovernativa” – que os direitos devem ser interpretados à luz de uma dada concepção de boa sociedade ou de bem comum (o próprio autogoverno), que visa incentivar nos cidadãos as qualidades de caráter necessárias para alcançá-lo;³⁷⁸ outrossim, que a liberdade se relaciona antes com a possibilidade de participação, isto é, com o autogoverno e com as virtudes que o sustentam: “Eu sou livre na medida em que sou membro de uma comunidade política que controla o seu próprio destino, e participante das decisões que regem seus negócios.”³⁷⁹

³⁷⁵ SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, p. 94 (tradução livre).

³⁷⁶ SANDEL, Michael J. *The procedural republic and the unencumbered self*, pp. 94/95 (tradução livre).

³⁷⁷ GOMEZ-MULLER, Alfredo. Os comunitaristas e a crítica ao individualismo liberal. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). *História Argumentada da Filosofia Moral e Política*, p. 656.

³⁷⁸ Cf. SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent*, pp. 25/26. Sandel assume que essa forma de vincular o bom e o justo, em que “a justificação dos direitos depende da importância moral das finalidades que estes servem”, não é essencialmente comunitarista, mas perfeccionista ou teleológica. Cf. SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, pp. 11-12.

³⁷⁹ SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent*, p. 26 (tradução livre).

1.2 O ontológico e o político-normativo na república multiculturalista de Charles Taylor

Tanto quanto Sandel, Charles Taylor formula também uma ampla e detalhada crítica à concepção de pessoa liberal, assim como ao modelo procedimental das teorias liberais:³⁸⁰ no âmbito de sua ampla produção literária, *As Fontes do Self*, de 1989, e *Argumentos Filosóficos*, de 1995, ocupam lugar central. Ninguém parece ter captado tão bem os níveis de discussão entre liberalismo e comunitarismo como ele.

Taylor obviamente não ignora a existência de pontos divergentes entre liberais e comunitários, mas se concentra justamente na possibilidade de alguns pontos de contato, e para isso distingue dois planos de discussão: o plano teórico ou *ontológico*, relacionado aos fatores invocados para explicar a vida social; e o plano prático ou *promocional*, relacionado à adoção de um posicionamento moral ou político-normativo. Posições extremas no plano ontológico envolvem concepções atomistas, de um lado, e concepções holistas, de outro: para o *atomismo* (individualismo metodológico) as ações, estruturas e condições são explicadas através da razão abstrata de pessoas individualmente consideradas, sendo os bens e valores sociais o simples produto da articulação de bens e interesses particulares;³⁸¹ o *holismo*, ao contrário, procura explicar as ações, estruturas e condições através da ação comum num sentido forte, do que deriva a noção de bem comum enquanto valor imanente compartilhado por todos. Já no plano *promocional* as posições dividem-se em concepções individualistas e coletivistas: os *individualistas* conferem maior prioridade à liberdade e aos direitos individuais, enquanto os *coletivistas* conferem maior prioridade à vida comunitária e ao bem das coletividades.³⁸²

³⁸⁰ Cf.: TAYLOR, Charles. *La Ética de la Autenticidad*. Tradução de Pablo Carbajosa Pérez. Barcelona: Paidós, 1994; TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self: a construção da identidade moderna*. Tradução de Adail U. Sobral e Dinah de A. Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997; e TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

³⁸¹ Cf.: TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, pp. 197-198; HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, pp. 213-214. Taylor distingue, no âmbito das concepções atomistas, a *ordem da explicação*, isto é, onde se procura explicar ações, estruturas e condições em termos de propriedades constituintes individuais, e a *ordem da deliberação*, onde se procura explicar os bens sociais em termos de articulações entre bens individuais. Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, p. 197.

³⁸² Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, pp. 197-198.

A relação entre esses planos e posições é complexa: ao mesmo tempo em que os planos são distintos um do outro, eles não são completamente independentes, de maneira que uma posição extrema no plano ontológico limita em certa medida as posições no plano promocional. Por exemplo, uma posição ontológica atomista forte terá um espírito de coletividade ou solidariedade fraco, ao passo que um espírito de coletividade ou solidariedade forte pode por em questão a liberdade e a justiça distributiva entre indivíduos.³⁸³ Taylor procura conciliar o individualismo liberal com uma perspectiva holista afim de salvaguardar o direito de sobrevivência das realidades comunitárias, e critica – juntamente com Sandel – o que ele também chama de *liberalismo procedimental*, ontologicamente atomista e desinteressado de aspectos de identidade e comunidade.³⁸⁴ De modo muito parecido com Sandel, para Taylor o liberalismo procedimental empresta à sociedade e ao Estado uma importância meramente instrumental (eles se prestam unicamente a dar condições a que as pessoas realizem seus planos de vida boa, quaisquer sejam eles), apoiada antes numa ética dos direitos do que do bem. Filosoficamente, fica patente nessa idéia não apenas a concepção de sociedade atomista como a de um Estado neutro. Na prática, o que ela supõe é que esses direitos sejam definidos ou pela via do processo legislativo (no âmbito do sistema democrático representativo) ou, com maior ênfase, pela via do processo judicial (no âmbito do sistema judiciário).³⁸⁵

O liberalismo procedimental, segundo Taylor, é incapaz de conceber um *bem irredutivelmente social*, isto é, um bem comum, num sentido forte do termo; talvez o mais próximo de bem comum seja a própria idéia de Direito. Fora isso, o máximo que

³⁸³ Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, pp. 198-200. Segundo Taylor, vêm daí as críticas de Sandel às condições da justiça de Rawls, invocadas a partir de Hume – a saber, a escassez e a solidariedade (onde não há escassez não há o que distribuir, e, mesmo que haja escassez, se não houver vínculos de solidariedade não há como impor ou consentir na aplicação de determinados princípios distributivos). Os princípios de distribuição social da teoria da justiça como equidade são incompatíveis com uma concepção atomizada de sociedade, na medida em que esta concepção reconhece direitos individuais que, ao funcionarem como barreiras contra as demais pessoas (e contra o Estado), impõem o distanciamento entre elas e corrompem os vínculos de solidariedade social porventura existentes (Ibidem, p. 199).

³⁸⁴ Cf. HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 212. Conforme anota Alfredo Gomez-Muller, a justiça do liberalismo processual, como princípio universal, supõe uma concepção específica da ética, resumida ao problema da coexistência – único interesse comum capaz de conectar “naturalmente” indivíduos egoístas, preocupados apenas com os interesses próprios. Taylor vê nisso um achatamento ou encolhimento da vida, que traduz a *perda de sentido* da coexistência (isto é, da “existência no mundo com os outros”), que afeta a cultura liberal moderna. Cf. GOMEZ-MULLER, Alfredo. Os comunitaristas e a crítica ao individualismo liberal. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). História Argumentada da Filosofia Moral e Política, p. 655.

³⁸⁵ Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, pp. 201-203.

alcança são alguns *bens convergentes*, necessários instrumentalmente para assegurar a realização pessoal dos projetos individuais de vida boa.³⁸⁶ Taylor distingue dois sentidos de bem:

No sentido amplo, “bem” significa todas as coisas valiosas que buscamos; no sentido estrito, refere-se a planos de vida ou modos de vida assim avaliados. O liberalismo procedimental não pode ter um bem comum no sentido estrito porque a sociedade tem de ser neutra no tocante à questão da boa vida. Mas, no sentido amplo, em que uma regra de direito também pode contar como “bem”, pode haver um bem partilhado extremamente importante.³⁸⁷

Contudo, a ausência de um vínculo forte entre os indivíduos acaba solapando o liberalismo. A alternativa de Taylor consiste em confrontar, no plano ontológico, questões de identidade e de comunidade, invocando a idéia de liberdade suposta pela tradição cívico-humanista, e que se concentra nas condições para se ser livre. Mas a *liberdade* tem aqui antes um sentido oposto ao de despotismo do que um sentido de permissibilidade ou de não-interferência, o que supõe, na linguagem de Taylor, dadas “condições em termos de cultura política”. Diz ele:

Toda sociedade política exige alguns sacrifícios e requer algumas disciplinas de seus membros: eles têm de pagar impostos, ou servir nas Forças Armadas e, de modo geral, respeitar certas restrições. Num despotismo, regime em que a massa dos cidadãos está sujeita ao governo de um único mestre ou de um grupo, as disciplinas exigidas são mantidas pela coerção. Para ter uma sociedade livre, é preciso substituir a coerção por alguma outra coisa. Essa outra coisa só pode ser a identificação voluntária com a *polis* por parte dos cidadãos, um sentido de que as instituições políticas em que vivem são uma expressão deles mesmos. As “leis” têm de ser vistas como reflexo e defesa de sua dignidade como cidadãos, ser por conseguinte, num certo sentido, extensões deles mesmos. Essa idéia de que as instituições políticas são uma garantia comum da dignidade dos cidadãos é a base do que Montesquieu

³⁸⁶ Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, pp. 145 e 210. “Naturalmente, toda escola de pensamento reconhece bens públicos. Há claramente medidas, instituições ou estados de coisas que oferecem satisfações a mais de um indivíduo. E em alguns casos essas satisfações não podem, dada a natureza das coisas, ser produzidas de uma maneira que beneficie um único indivíduo, mas têm de beneficiar muitos ou nenhum. A defesa nacional é frequentemente citada como exemplo, ou podemos pensar numa represa destinada a impedir inundações na primavera, isso salva minha propriedade, mas não pode ser projetada de uma maneira que salve a minha sem também salvar a sua. Bentham ofereceu o conceito de um bem que seria público não no sentido de beneficiar todos os membros de uma coletividade, mas no de levar ao bem de um número de indivíduos que não se pode identificar de antemão. Se a municipalidade faz um corrimão em degraus que provavelmente estarão cobertos de gelo no inverno, esse equipamento ajudará quem quer que venha a usar a escada depois da queda de uma chuva enregelante. Do mesmo modo, instalar um posto de luz torna a passagem mais fácil e mais segura para quem quer que venha a estar passando no local. (...) Mas, no final, a medida ou estado de coisas só é boa porque traz satisfação a indivíduos. Esta última frase capta a tese crucial de que bens públicos e sociais são necessariamente ‘decomponíveis’.” (Ibidem, p. 145)

³⁸⁷ Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 210.

denominou “vertu”, o patriotismo que é “une préférence continuelle de l’intérêt public au sien propre”, um impulso que não pode ser situado facilmente na classificação deveras moderna egoísta-altruísta. Ela transcende o egoísmo no sentido de que as pessoas se acham de fato vinculadas ao bem comum, à liberdade geral.³⁸⁸

A virtude republicana de Taylor é, portanto, o *patriotismo*, um tipo específico de solidariedade que exige a identificação com os demais em um empreendimento comum específico.³⁸⁹ Para ele, as sociedades políticas do século XX nada mais são que aglomerações de indivíduos que se reúnem para alcançar benefícios mútuos que sozinhos não lograriam obter: “A ação é coletiva, mas sua meta permanece individual. O bem comum é constituído a partir de bens individuais, sem deixar restos.”³⁹⁰ Numa república em que os indivíduos se unem sob o sentimento patriótico isso não acontece, na medida em que ela supõe um vínculo de solidariedade maior do que o atomismo é capaz de permitir: é o patriotismo o que motiva a participação política.³⁹¹ A posição ontologicamente holista de Taylor exige que as repúblicas sejam animadas por um sentido de bem comum imediato partilhado, o que remete à idéia de patriotismo como elemento vinculante dos indivíduos: “a identificação do cidadão com a república como empreendimento comum é essencialmente o reconhecimento de um bem comum.”³⁹² E complementa:

Em outras palavras, a própria definição de um regime republicano em sua compreensão clássica requer uma ontologia distinta do atomismo, encontrando-se fora do senso comum infectado por ele. Ela exige que submetamos a escrutínio as relações de identidade e de comunidade, e distingamos as diferentes possibilidades, em particular o possível lugar das identidades-nós em oposição a identidades-eu meramente convergentes, bem como o conseqüente papel dos bens comuns em

³⁸⁸ TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, pp. 203/204.

³⁸⁹ “Não me dedico a defender a liberdade de qualquer um, mas sinto o vínculo de solidariedade com meus patriotas em nossa empresa comum, a expressão comum de nossa respectiva dignidade.” (TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 204) Segundo Taylor, o patriotismo é um meio termo entre amizade a sentimento familiar, de um lado, e dedicação altruísta, de outro (Idem).

³⁹⁰ TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, pp. 204/205.

³⁹¹ “Si los miembros de la sociedad han pensado perseguir exclusivamente su interes ‘ilustrado’, reconociendo vínculos recíprocos sólo en la medida en que aquello juega a la mutua ventaja, se corre el riesgo de diseñar un modelo de sociedad donde falta una cohesión real y una efectiva identificación con el destino del colectivo al que se pertenece.” (HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo*, p. 214)

³⁹² “Meu compromisso moral (freqüentemente inoperante) com o bem-estar de todos os seres humanos é altruísta. Mas o vínculo de solidariedade com meus compatriotas numa república que funcione se baseia num sentido de destino partilhado em que o próprio partilhar tem valor. É isso que confere a esse vínculo sua importância especial, aquilo que confere a meus vínculos com essas pessoas e com esse empreendimento seu caráter peculiarmente obrigatório, aquilo que anima minha ‘vertu’ ou patriotismo.” (TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 208)

oposição aos convergentes. Se abstrairmos de tudo isso, correremos o risco de perder de vista a distinção entre instrumentalidade coletiva e ação comum (...).³⁹³

Taylor se vale da filosofia da linguagem como forma de lograr esse reconhecimento do bem comum. Tanto na vida privada como na vida pública, a principal forma de tornar *comum* o que é *pessoal* é dialogicamente, através da conversa.³⁹⁴ Na vida privada esse traspasse se dá assim quando a conversa trata de banalidades (como está o tempo, por exemplo), como, num nível mais profundo, quando trata de intimidades. Na vida pública também se verifica a mesma nuança: a um primeiro estágio do simples conhecimento geral de dada situação segue um estágio mais avançado em que essa situação é discutida num espaço de interlocução, cobrando alguma medida como resposta. E o mesmo ocorre com os bens: uns têm valor igual para todos (a segurança, por exemplo) e só podem ser usufruídos em coletividade, no sentido de que somente uma ação coletiva instrumental os pode assegurar (bens convergentes); outros (como o patriotismo que motiva a participação política, a cultura que produz um conjunto de significados lingüísticos comuns que permitem a discussão e deliberação) têm um valor imanente partilhado em comum (bens irreduzivelmente sociais, coletivos).³⁹⁵ Isso implica em reconhecer que o interesse que as pessoas compartilham umas com as outras não é algo instrumental, mas “ontológico”.³⁹⁶

Daí que, no plano promocional, ele invoca o republicanismo que emerge da *tradição cívico-humanista* como teoria adequada a dar conta de sua perspectiva. Para essa tradição a liberdade não assume apenas (e principalmente) um sentido negativo,

³⁹³ TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 208.

³⁹⁴ “Uma conversação não é a coordenação de ações de indivíduos diferentes, mas uma ação comum nesse sentido forte, irreduzível; é nossa ação. (...). Iniciar uma conversa é iniciar uma ação comum.” (TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 205) Num nível mais banal da vida privada, cada pessoa pode atentar para *como está o tempo* (se chove ou faz sol, se faz frio ou calor, etc.). Mas, quando um vizinho comenta com outro sobre *como está o tempo* em uma conversa de fundo de quintal, essa percepção se torna comum entre eles: “estamos agora atentando juntos para o tempo. É importante ver que esse atentar juntos não é redutível a uma agregação de atentações separados.” (Ibidem)

³⁹⁵ Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 206.

³⁹⁶ Essa é a constatação de Alfredo Gomez-Muller, que acrescenta: “sua realização enquanto indivíduo humano passa pela realização da coisa pública, sem no entanto se reduzir a ela; a participação cidadã e o patriotismo republicano não são a condição primeira somente da preservação da liberdade política, mas também de toda forma de vida boa. Em uma república efetiva, a felicidade de um sujeito prático supõe, com efeito, o reconhecimento social de sua dignidade de cidadão, quer dizer, de sua capacidade de desenvolver publicamente sua liberdade.” (GOMEZ-MULLER, Alfredo. Os comunitaristas e a crítica ao individualismo liberal: Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). História Argumentada da Filosofia Moral e Política, p. 657)

como para os modernos, mas um sentido positivo, tal como concebida pelos antigos.³⁹⁷ Taylor identifica, contudo, duas *formulações* das teses republicanas. Uma supõe uma forma de solidariedade mais branda, vinculada à liberdade, segundo a qual a motivação para a disciplina é auto-imposta pelo indivíduo. Outra exige uma solidariedade num sentido mais forte, vinculando-se de maneira diferente com a liberdade na medida em que *impõe* aos indivíduos a observância de determinados deveres. As exigências para com os indivíduos são as mesmas, residindo a diferença na motivação para atendê-las: no primeiro caso, o que motiva esse esforço adicional é um sentido de honra e de obrigação gerado interiormente, em vez do medo de punição; no segundo, a motivação vem de uma forte noção de liberdade positiva. Taylor afirma adotar a primeira concepção.³⁹⁸ Para ele, da tradição cívico-humanista é possível extrair uma tese mais ampla sobre as bases essenciais da “sociedade não-despótica”, que define não-despotismo não apenas como direitos inerentes à participação, senão também articulando essa liberdade positiva com outras liberdades, inclusive direitos inerentes às liberdades negativas e às manifestações culturais: “Ela se apoiaria na primeira formulação, a fim de afirmar a existência de um vínculo entre a solidariedade do patriotismo e as instituições livres, fundando-se no fato de que uma sociedade livre precisa desse tipo de patriotismo a fim de proporcionar aquilo que os despotismos obtêm mediante o medo.”³⁹⁹

Pelos dois bens seriam comuns num sentido forte (bens irredutivelmente sociais), tais sejam o *autogoverno participativo* e a *proteção de direitos culturais* – o que aproxima seu republicanismo do multiculturalismo comunitarista.⁴⁰⁰ A

³⁹⁷ “A liberdade era pensada como liberdade do cidadão, a do participante ativo nos negócios públicos. Esse cidadão era ‘livre’ no sentido de ter voz nas decisões do domínio político, que moldaria a vida de todos. Como o próprio autogoverno participativo costuma ser concretizado em ações comuns, talvez seja normal vê-lo como animado adequadamente por identificações comuns. Como exercemos a liberdade em ações comuns, pode parecer natural que a avaliemos como um bem comum.” (TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, p. 209)

³⁹⁸ Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, p. 209; TAYLOR, Charles. *What's wrong with negative liberty?* In: GOODING, Robert. E.; PETTIT, Philip (Ed.). *Contemporary Political Philosophy*, pp. 418-428.

³⁹⁹ TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, p. 210.

⁴⁰⁰ “Dado o tipo de crítica apresentada pelos estudiosos do ‘multiculturalismo’ contra o liberalismo, muitos tenderam a estabelecer uma ‘associação natural’ entre essa linha de estudos ‘multiculturais’ e o comunitarismo. De fato, essa associação não é inteiramente arbitrária, uma vez que muitos autores, reconhecidos em geral como comunitaristas, mostram-se pessoalmente interessados na promoção desse tipo de discussão. Independentemente dessa questão episódica, cabe registrar que comunitaristas e estudiosos do ‘multiculturalismo’ parecem concordar em seu ‘desconforto’ perante políticas aparentemente toleradas pelo liberalismo em relação a certas minorias.” (GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*,

participação não é algo que valha como meio para alcançar determinados fins ou metas (justiça, paz, estabilidade, etc.), mas algo *bom em si*, que vale como um componente fundamental da dignidade humana na medida em que põe em contraste, de um lado, a vida do cidadão preocupado com as grandes questões políticas e culturais da república e, de outro, a pequenez de uma vida dedicada ao enriquecimento pessoal ou à busca de prazeres privados.⁴⁰¹ Já a proteção a minorias culturais, mais do que eliminar diferenças e desigualdades (como no caso das ações afirmativas), exige, ao contrário, justamente que se promovam e perpetuem as desigualdades, dada a necessidade de reconhecimento de concepções e formas de vida distintas – algo que não cabe nos estreitos limites de políticas de discriminação positiva inerentes ao liberalismo.⁴⁰²

Isso, para Taylor, afeta decisivamente a neutralidade estatal.⁴⁰³ Para ele, o Estado liberal pode ser neutro com relação às opções religiosas ou sexuais das pessoas, mas não pode ser neutro com relação a patriotas e não-patriotas; ao contrário, deve tomar partido no sentido de assegurar o direito à autodeterminação de culturas minoritárias dentro do seu território – perspectiva essa que vai dar em um tipo de republicanismo de viés nitidamente comunitário multiculturalista.⁴⁰⁴

1.3 Estrutura do sujeito e construção da esfera pública para definição do bem comum

Segundo Taylor, na tradição liberal ocidental a liberdade tem-se baseado em parte no desenvolvimento de uma esfera em que a sociedade funciona fora do âmbito

p. 159) Essa associação entre multiculturalismo e comunitarismo não é, contudo, absoluta, na medida em que há vertentes do pensamento multiculturalista que guardam certa proximidade com o liberalismo igualitário – caso de Will Kymlicka e Axel Honneth.

⁴⁰¹ TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, pp. 156-157.

⁴⁰² Taylor aparta as políticas de discriminação positiva da política do reconhecimento nos seguintes termos: as *políticas de discriminação positiva* implicam em oferecer a grupos desfavorecidos determinadas vantagens competitivas de acesso a oportunidades (empregos e vagas em universidades, por exemplo), ao argumento de que historicamente estes grupos foram lançados em uma situação de desvantagem extrema, e que precisa, temporariamente, ser compensada de alguma forma, até que a situação se normalize; a *política do reconhecimento*, de seu turno, implica em reconhecer direitos coletivos que visam resgatar, proteger e assegurar (não há temporariedade, portanto) traços culturais distintivos, que dão identidade e autenticidade a um povo. Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, pp. 155-156, 250 *et seq.* e 260 *et seq.*

⁴⁰³ Segundo Kymlicka, a existência de deveres no sentido de proteger a estrutura cultural (como por exemplo a proteção do patrimônio natural, histórico, artístico e paisagísticos em favor das presentes e futuras gerações) não é incompatível com a neutralidade estatal. Cf. KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea, p. 281.

⁴⁰⁴ Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 156 e 214.

do Estado. É o que se chama de *sociedade civil*, entendida como algo distinto do Estado, sendo formada por um conjunto de associações livres que não contam com apoio estatal, desenvolvendo atividades cujos fins em geral são considerados não-políticos. Trata-se, no entanto, de uma idéia muito fraca de sociedade civil. Há ainda uma *idéia forte*, de sociedade civil enquanto instituição que age, promove ou sustenta uma certa condição, sem ação do governo. As duas grandes formas de sociedade civil que têm desempenhado papel importante são a *esfera pública* e a *economia de mercado*.⁴⁰⁵

A questão, conforme pondera Sandel, é que a economia de mercado produz uma série de distorções – ou de “corrupções”, na linguagem republicana por ele utilizada. Tudo se torna comensurável pelo dinheiro; mesmo os valores mais caros à sociedade se tornam conversíveis em moeda; tudo se compra e se vende; tudo tem seu preço.⁴⁰⁶ No entanto, alguns valores morais, construídos socialmente, devem ficar a salvo. A *esfera pública* é que fornece essa possibilidade. Ela se caracteriza como o espaço comum em que os cidadãos se relacionam, direta ou indiretamente (através de uma variedade de formas e meios de comunicação, impressos, eletrônicos, etc.), para discutir questões de interesse comum e formar uma idéia comum sobre essas questões: os múltiplos meios de intercâmbio de idéias nele inseridos se acham todos inter-relacionados (daí ser um *espaço comum*).⁴⁰⁷ Para Taylor, a esfera pública assim compreendida deve estabelecer um *vínculo* entre as pessoas, mesmo que elas nunca tenham se visto e tido um contato direto uma com a outra; ademais, as pessoas devem compreender que fazem parte de um procedimento único de discussão voltado à resolução dos problemas comuns.⁴⁰⁸ Há necessidade ainda de condições infra-

⁴⁰⁵ Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, pp. 276-277.

⁴⁰⁶ SANDEL, Michael J. *What money can't buy: the moral limits of markets*, pp. 89-94.

⁴⁰⁷ Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 277.

⁴⁰⁸ A rigor, há formação de um espaço comum sempre que pessoas se reúnem num ato concentrado para algum propósito, como um ritual, um jogo, uma conversa, uma celebração. Seu foco é *comum*, e não meramente convergente, por ser parte daquilo que é comumente compreendido; porque as pessoas comparecem nele visando objetivos comuns, e estão juntas em vez de cada uma estar, a partir da própria perspectiva, preocupada consigo mesma. Taylor distingue dois tipos de espaço comum. Uma forma mais banal e corriqueira de espaço comum é estabelecida sempre que dadas pessoas se reúnem para algum fim: numa escala mais ampla, mais “pública”, para deliberar sobre determinado assunto em assembléia ou para um ritual, ou no cotidiano, para uma conversação, uma celebração ou para desfrutar do prazer de um jogo de futebol ou de assistir a uma ópera. Em todos esses casos o espaço comum surge do ajuntamento num certo local: é o que Taylor chama de “espaço comum tópico”. Mas a *esfera pública propriamente dita* (Taylor chama de esfera pública moderna) é, contudo, um espaço comum num sentido diferente, específico; ela transcende esses espaços tópicos, agrupando uma pluralidade

estruturais: ela supõe pelo menos meios de comunicação plurais, independentes e instrumentalizados.⁴⁰⁹

Taylor pretende que da esfera pública – no sentido mais abrangente que ele defende – resulte uma *opinião pública*, enquanto produto da discussão, da reflexão e do consenso – no que se opõe ao que chama de opinião da humanidade, irrefletida, não mediada pela discussão e pela crítica, inculcada passivamente de geração a geração. A opinião passa a ser pública porque é partilhada, isto é, no sentido de que é elaborada em comum.⁴¹⁰ “Não é simplesmente que tenhamos por acaso concepções idênticas; elaboramos nossas convicções num ato comum de definição.”⁴¹¹

Trata-se de uma visão abrangente de espaço comum, que pode se desdobrar em vários espaços menores. Sandel, por outro lado, enfatiza que as escolas públicas são também *lócus* de construção da identidade comunitária – como que uma dimensão da esfera pública. De acordo com ele, portanto, a esfera pública não é apenas um local de deliberação e disposição comum, mas também um cenário para a educação cívica:

O caráter público da escola comum, por exemplo não consiste apenas no seu financiamento, mas também no seu ensino. Idealmente, pelo menos, é um lugar onde crianças de todas as classes podem misturar e aprender os hábitos da cidadania democrática. Mesmo os parques municipais e parques infantis foram vistos uma vez desta forma, não só como locais de recreação, mas também como locais para a promoção da identidade cívica e comunitária.⁴¹²

A esfera pública – moderna, metatópica –, na abrangência com que Taylor a define, apresenta duas características. Em primeiro lugar, posto que ela constitua um *lócus* de discussão onde todos os participantes da vida comum têm condições de se engajar e discutir questões importantes, o resultado da discussão refletida sobre tais

desses espaços num espaço mais amplo de não-asmbléia: “[a] mesma discussão pública passa, supostamente, pelo nosso debate hoje, pela conversa séria de alguém amanhã, pela entrevista no jornal na quarta-feira, e assim por diante” – donde Taylor chame a este tipo mais amplo de espaço comum não local de “metatópico”. Cf.: TAYLOR, Charles. *A Esfera Pública*. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Lusofia Press, 2010, pp. 6-7; também TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, pp. 280-281.

⁴⁰⁹ Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, pp. 279-280. Em outro lugar, Taylor afirma: “Há condições objectivas: internas, por exemplo, que as discussões locais fragmentárias se refiram umas às outras; e externas, ou seja, deve haver materiais impressos, que circulem a partir de uma pluralidade de fontes independentes, para que existam as bases do que se pode dividir como discussão comum.” (TAYLOR, Charles. *A Esfera Pública*, p. 6)

⁴¹⁰ Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, pp. 277-278.

⁴¹¹ TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, p. 279.

⁴¹² SANDEL, Michael J. *What money can't buy: the moral limits of markets*, p. 121 (tradução livre).

questões exerce um papel normativo para o governo: não tanto porque se apresenta como a opinião mais ilustrada, mas por que é a opinião do povo soberano.⁴¹³ Ou seja, com a moderna esfera pública desponta a idéia de que o poder político deve ser fiscalizado e controlado por algo externo a ele – no caso, nada que se defina como a vontade de Deus, ou a lei da natureza, ou poder ou da autoridade tradicional, mas como um gênero de discurso ou debate que provém da razão.⁴¹⁴ Esse discurso ou debate racional serve para definir o bem comum: “Assim, o que a esfera pública faz é permitir que a sociedade chegue a uma idéia comum, sem mediação da esfera política, num discurso da razão fora do poder, que não obstante é normativo para o poder.”⁴¹⁵

Outra característica se relaciona com o que a esfera pública é. Além de ser um espaço extrapolítico, a esfera pública é caracterizada por uma secularidade radical. O sentido de sociedade secular não é apenas o de algo contrário à idéia de sociedade que se assenta em um fundamento divino, ou de uma sociedade transcendente constituída por uma tradição imemorial que orienta a vida social, mas de uma sociedade cujos fins surgem da ação comum.⁴¹⁶ Para Taylor, o liberalismo já não pode mais se ocupar de apenas limitar o poder; deve também se ocupar do autogoverno, ou seja, “tem de se empenhar em tomar o poder e, de modo geral, o que quer que molde as condições de nossa vida, responsivos às decisões coletivas.”⁴¹⁷ Isso conduz o republicanismo de viés comunitário a preocupar-se com a saúde da democracia enquanto sistema de autogoverno coletivo. As liberdades negativas são dependentes das liberdades positivas, na medida em que uma atrofia no exercício do autogoverno tende a comprometer a estabilidade dos direitos civis (que em última análise o autogoverno visa proteger).

A esfera pública desempenha um papel fundamental na autojustificação da sociedade como sociedade livre (mas livre num sentido positivo), eis que: (i) nela as pessoas formam livremente suas opiniões, tanto individual como sobretudo

⁴¹³ Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, pp. 281-282. “Assim, não só o governo é sábio ao seguir a opinião; ele está moralmente obrigado a fazê-lo.” (Ibidem, p. 282).

⁴¹⁴ Cf.: TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 283; TAYLOR, Charles. A Esfera Pública, p. 12.

⁴¹⁵ TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 284.

⁴¹⁶ Cf.: TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, pp. 284-287; TAYLOR, Charles. A Esfera Pública, p. 13.

⁴¹⁷ TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 290-291.

coletivamente; e (ii) essas opiniões coletivas têm relevância, na medida em que influem ou controlam o governo.⁴¹⁸ Ela define o que Sandel chamou de “sujeito de posse mais alargado”.⁴¹⁹

Fica evidente que o republicanismo comunitário *pressupõe* (Taylor) ou *procura formar* (Sandel) um dado tipo pessoa na e para a esfera pública – uma pessoa que seja ativa, participativa, vinculada à comunidade na qual vive por laços fortes de cidadania, os quais ela tem condições de identificar ou conhecer. A república exige mais que simplesmente indivíduos; exige cidadãos.

De acordo com a concepção republicana de cidadania, ser livre é mais que uma questão de simplesmente votar em eleições periódicas e registrar as próprias preferências e interesses; ser livre é compartilhar o autogoverno, participando na formação das forças que governam o destino coletivo. “Mas para fazer isso, e para fazê-lo bem, é necessário que os cidadãos possuam ou venham a adquirir certas qualidades de caráter, ou virtudes cívicas.”⁴²⁰ Segundo Sandel, essa ênfase na virtude cívica separa a concepção de cidadania da *teoria política republicana* da de outras teorias políticas familiares, especialmente da *teoria liberal*. A concepção liberal da cidadania permite a adoção apenas de algumas virtudes cívicas, desde que necessárias aos próprios princípios liberais, como a tolerância e o igual respeito pelos direitos dos outros. A participação política, aqui, seria nada mais que uma forma de garantir esse regime de direitos que permitem a cada um escolher e buscar os próprios fins. Já a concepção republicana de cidadania, pelo contrário, procura agasalhar um conjunto mais completo de virtudes, o que inclui um vínculo moral com a comunidade cujo destino está em jogo, um sentido de obrigação para seus concidadãos, bem como a capacidade de deliberar sobre os fins de bem comum e ainda um desejo de sacrificar os interesses individuais em prol deles. A participação política, aqui, não tem valor instrumental, senão que é um ingrediente essencial da vida boa.

Para o republicanismo comunitário, deliberar sobre o bem comum (sob condições em que a deliberação faz a diferença) exige dadas capacidades humanas – para julgamento e compromisso, para discussão e reflexão, para a tomada de

⁴¹⁸ Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 277.

⁴¹⁹ Cf. SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça, p. 195.

⁴²⁰ SANDEL, Michael J. *What money can't buy: the moral limits of markets*, p. 108 (tradução livre).

responsabilidade – que do contrário ficariam adormecidas. Nesta perspectiva, o objetivo da política é suscitar e cultivar faculdades humanas distintivas que outras atividades, tais como o trabalho ou arte, não cultivam da mesma forma.⁴²¹

E isso supõe um dado tipo de sujeito; não um *sujeito de posse estéril* liberal, cuja identidade é completa e anteriormente individualizada, desconectada de qualquer fim. O cidadão deve ser um *sujeito de posse* no sentido constitutivo, um *sujeito que possui fins que lhe conformam a identidade*;⁴²² a relação desse sujeito com os fins (preferências, interesses) não se dá no sentido de que tais fins são externos ao sujeito, sendo ele capaz de livremente *escolhê-los* (o que Sandel chama de *agir voluntarista*), senão que supõe que a identidade do sujeito é em parte conformada por tais fins, sendo o sujeito de posse capaz de os *conhecer* por meio da auto-reflexão (o que Sandel chama de *agir cognitivo*).⁴²³ Tanto quanto Taylor, Sandel supõe, portanto, um “eu social”, cuja identidade é delineada a partir de uma autocompreensão construída intersubjetivamente – algo que, para ele, a teoria liberal igualitária de Rawls exige, mas não oferece e, por isso, se torna contraditória.⁴²⁴ Só um sujeito assim pode exercer uma cidadania forte e se reconduzir a uma comunidade de fins, uma comunidade num sentido mais profundo, na medida em que constituída por pessoas, mas que seja também constitutiva das identidades delas.⁴²⁵ Embora o liberalismo igualitário

⁴²¹ Cf. SANDEL, Michael J. *What money can't buy: the moral limits of markets*, p. 108.

⁴²² Cf. SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, p. 85. O principal alvo das críticas de Sandel são o libertarianismo de Nozick e o liberalismo igualitário de Rawls. Com relação Rawls, a idéia de sujeito de Sandel se apresenta não como algo “contraposto”, mas como algo complementar. Ao que parece, Sandel não ignora que há uma dimensão identitária formal, anterior a todo e qualquer fim, senão que para ele só essa dimensão é absolutamente insuficiente para determinação da identidade concreta, sendo necessário incrementá-la com conteúdo axiológico-teleológico. Cf. SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, p. 85 *et seq.* e p. 181 *et seq.*

⁴²³ “Poderemos compreender o agir humano como sendo a faculdade através da qual o eu realiza os seus fins. Isto confirma a relação estreita deste conceito com a noção de posse, sem iludir a questão da respectiva dimensão, nem da prioridade relativa do eu face aos seus fins. Se sou um ser com fins, existem pelo menos duas maneiras de os ‘adquirir’. Uma é por eleição, a outra, por descoberta, ‘encontrando-os’. Podemos apelidar o primeiro destes sentidos de dimensão voluntarista do agir, e o segundo de dimensão cognitiva.” (SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, pp. 89/90). Sandel empresta significativa importância ao agir cognitivo que a teoria da pessoa de Rawls – segundo ele – torna impossível: “Através da reflexão, o eu ilumina o seu interior, fazendo-a incidir sobre ele próprio, transformando o eu no seu próprio objeto de investigação e de reflexão.” (Ibidem, p. 90)

⁴²⁴ Na leitura que Sandel faz de Rawls, “[p]rimeiro somos indivíduos distintos e depois é que estabelecemos relações entre nós e desenvolvemos acordos de cooperação uns com os outros. Daí a prioridade da pluralidade sobre a unidade. Primeiro somos sujeitos de posse estéreis, elegendo depois os fins que nos propomos adoptar. Daí a prioridade do eu sobre os fins.” (SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, p. 182).

⁴²⁵ Sandel até reconhece que a comunidade para Rawls não é algo meramente *instrumental*, senão que assume antes um caráter *sentimental*: “A explicação instrumental é individualista na medida em que se presume

pressupõe um indivíduo que *reflita* sobre os fins que busca (seus projetos de vida boa), ou sobre a intensidade dos desejos, preferências e interesses relacionados a esses fins, esse tipo de reflexão é ainda muito superficial para Sandel, na medida em que não alcança uma camada mais profunda da identidade: questiona apenas o que se *quer* (quais desejos, preferências e interesses), mas não o que se *é*.⁴²⁶

2 O REPUBLICANISMO LIBERAL

Malgrado seja em regra associado com o comunitarismo, o republicanismo não pode ser considerado como uma teoria indivisa. Algumas de suas vertentes podem ser bastante compatíveis especialmente com o liberalismo igualitário – o que é reconhecido pelos próprios liberais.

Com efeito, a idéia fundamental da teoria da justiça como equidade de Rawls, de que dados princípios de justiça devam reger a estrutura básica da sociedade, parece guardar relação direta com a necessidade republicana de assegurar dadas *condições institucionais* para o exercício das liberdades. E Rawls dá bastante ênfase nisso, quando alude à aplicação do princípio da liberdade igual ao procedimento político definido pela constituição: tal princípio “exige que todos os cidadãos tenham um direito igual de participar no processo constituinte, estabelecendo as leis às quais eles devem obedecer.”⁴²⁷ Trata-se de uma teoria que valoriza a participação dos indivíduos na formação da vontade política estatal (liberdade positiva), procurando arranjar a estrutura básica da sociedade política de maneira a assegurar essa participação igual. Contudo – observa Rawls mais adiante –, essa participação não é vista na dimensão de um dever individual, mas sim de um direito: a participação não define um modelo ideal de cidadania (solicitando cidadãos de um determinado tipo) e “nem obriga que

que os sujeitos da cooperação sejam governados apenas por motivações de interesse próprio, e o bem da comunidade reside exclusivamente nas vantagens que os indivíduos derivam da cooperação na prossecução dos seus fins egoístas.” A de Rawls é individualista, mas não instrumental, e sim sentimental, “no sentido em que presume a individuação anterior dos sujeitos de cooperação, cujas motivações concretas podem incluir objetivos altruístas, tal como objetivos egoístas.” (SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, p. 200)

⁴²⁶ Cf. SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, p. 213.

⁴²⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 241. Cf. também RAWLS, John. *O Liberalismo Político*, p. 393.

todos participem ativamente nos afazeres políticos.”⁴²⁸ Segundo Cecília Lois, o que aproxima a teoria da justiça como equidade de Rawls das teorias republicanas é a articulação do seu conceito de *sociedade justa como unidade de participação política* com a existência de *mecanismos de deliberação pública* que a sua teoria contempla, o que remete a dois elementos caros ao republicanismo: a valorização de certas *virtudes políticas* e a existência de um *espaço comum*. Segundo ela, a concepção de pessoa de Rawls (ser racional e razoável) exige a virtude da civilidade, da tolerância e da razoabilidade, entre outras que contribuam para fortalecer a união social; por outro lado, a teoria de Rawls também exige mecanismos de deliberação política, imprescindíveis às teorias republicanas, os quais se acham compreendidos na idéia de uso público da razão.⁴²⁹

No liberalismo igualitário de Dworkin também aparece uma clara vinculação com o republicanismo. Procurando articular a idéia de tolerância liberal com os argumentos que lhe são contrários, Dworkin procura identificar as várias concepções de comunidade derivadas de tais diferentes argumentos. Primeiro, de comunidade baseada no argumento da regra da maioria, segundo a qual a comunidade tem direito de apelar à lei na defesa de sua idéia de decência ética, pelo simples fato de ser maioria.⁴³⁰ Segundo, de comunidade baseada num argumento paternalista, segundo a qual todo cidadão é responsável pelo bem-estar dos demais, sendo o poder político exercido no sentido de que impedir que as pessoas prejudiquem as próprias vidas. Terceiro, de comunidade baseada no argumento contrário à idéia de interesse próprio,

⁴²⁸ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 248. Mais tarde, o próprio Rawls veio a afirmar: “Considero o republicanismo clássico como a visão segundo a qual, se os cidadãos de uma sociedade democrática pretendem preservar os seus direitos e liberdades básicos, inclusive as liberdades civis que asseguram aquelas da vida privada, eles devem ter também um grau suficiente de ‘virtudes políticas’ (como as chamo) e estarem dispostos a participar da vida pública. A idéia é que sem a participação ampla de uma cidadania vigorosa e bem informada na política democrática, até as instituições políticas mais bem intencionadas cairão nas mãos daqueles que procuram dominar e impor sua vontade por meio do aparato do Estado. (...). Entendido o republicanismo clássico desta maneira, a justiça como equidade não tem nada a lhe opor.” (RAWLS, John. O Liberalismo Político, p. 254).

⁴²⁹ Cf.: LOIS, Cecilia Caballero. Da União Social à Comunidade Liberal: o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.); LEITE, Roberto Basilone (Col.). Justiça e Democracia, pp. 38-39; THIEBAUT, Carlos. Sujeto liberal y comunidad: Rawls y la unión social. Enrahonar, v. 27, pp. 19-33, 1997, p. ...; e RAWLS, John. O Liberalismo Político, p. 261 *et seq.*

⁴³⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana, p. 292. É importante ter em mente a diferenciação que Dworkin estabelece entre ética e moral: “A ética, conforme emprego o termo, contém convicções sobre quais tipos de vida são boas ou ruins para a pessoa levar, e a moralidade contém princípios sobre como a pessoa deve tratar as outras pessoas. Assim, a questão de que trato é se a comunidade política deve recorrer ao direito (...) para obrigar seus membros a levar o que a maioria julga ser a vida boa, e não se deve recorrer à lei para obrigá-los a se comportar de maneira justa para com os outros.” (Ibidem, p. 291)

que discorda de posições atomistas que concebem indivíduos como seres autossuficientes por entender que as pessoas dependem da comunidade para fins materiais, intelectuais, éticos, etc. Quarto, de comunidade baseada num argumento integracionista, segundo o qual a tolerância liberal cria uma divisão ilegítima entre a vida das pessoas e a vida da comunidade como um tudo, sendo que o valor ou o quanto a vida de qualquer cidadão é boa é apenas um reflexo ou uma função do valor da vida da comunidade na qual ele vive. De cada um desses argumentos resulta uma concepção de comunidade mais substancial. No primeiro argumento, a comunidade é o produto de um determinado grupo político maioritário, que Dworkin rejeita porque resulta numa concepção inadequada de democracia (na verdade, chega a ser antidemocrático, segundo sua concepção). Do segundo argumento a comunidade resulta de uma responsabilidade compartilhada e distinta, com o que Dworkin discorda na medida em que o paternalismo inibiria o interesse e a capacidade crítico-reflexiva das pessoas. O terceiro argumento reconhece a comunidade como ente autônomo, do qual emana uma série de influências e benefícios não redutíveis em unidades individuais, e que se apresenta inadequada para Dworkin diante do risco de resvalar para a homogeneidade.⁴³¹ O melhor seria o quarto argumento: Dworkin acha valiosa a idéia de que o êxito da vida comunitária faça parte do que determina se a vida de seus membros é boa ou má, mas entende que esse argumento interpreta mal o caráter de uma vida comunitária: “O argumento sucumbe ao antropomorfismo; presume que a vida comunitária é a vida de uma pessoa de tamanho descomunal, que tem a mesma forma, que enfrenta os mesmos momentos críticos e dilemas morais e éticos, e está sujeita aos mesmos modelos de êxito e fracasso que a vida de cada um dos cidadãos que a compõem.”⁴³² Dworkin, portanto, embora entenda que a vida dos indivíduos se ache integrada à vida da comunidade onde vivem, procura estabelecer limites para o alcance da ação comunitária: essa ação (que se define pela decisão dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) deve se restringir ao âmbito das questões de moralidade política, não podendo interferir nas que não interessam à comunidade.

⁴³¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 293.

⁴³² DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 310.

Trata-se de uma versão liberal da integração, que caracteriza o que ele chama de republicanismo cívico.⁴³³ Cecilia Lois resume:

Acima de tudo, o que Dworkin pretende á articular a complexidade democrática estabelecendo um duplo movimento: por um lado, o de reconhecimento da importância da comunidade liberal e conseqüente prioridade da moralidade política e, por outro, o de oferecer limites a esta identificação, permitindo o desenvolvimento das concepções individuais de bem e vida boa. Esta fusão entre a moralidade política e proteção do interesse individual é o núcleo do republicanismo cívico liberal.⁴³⁴

Há correntes do republicanismo – que se poderia chamar de republicanismo liberal – que não pendem *com tanta ênfase* para a identificação de um bem comum (seja um bem comum coletivo substancial, seja um bem comum relacionado a um dado tipo de excelência humana), valorizando *em alguma medida* a prioridade do direito sobre o bem.

2.1 A liberdade como não-dominação de Philip Pettit

Ao formular sua teoria da liberdade, Philip Pettit – que ontologicamente adota uma posição individualista e holista, como Taylor⁴³⁵ – tem uma preocupação especial, que reputa bastante grave: a de uma pessoa viver em “situação de dominação”, isto é, em um estado de vulnerabilidade, sujeito à mercê da vontade arbitrária (ainda que em

⁴³³ Segundo Dworkin, através da participação nas práticas comunitárias os indivíduos ou grupos de indivíduos (unidades de agência) transferem à comunidade em que vivem (unidade de prática) determinados valores, especialmente os valores relacionados à moralidade política, e é exatamente essa participação que os torna membro da comunidade. Todavia, os valores individuais transferidos à comunidade não a conformam como a uma pessoa, e não fazem com que ela (a comunidade) adquira uma dimensão que só uma pessoa possui: a comunidade não adquire, por exemplo, uma dada religiosidade, ou uma dada sexualidade, que lhe permita ao depois controlar e interferir na religiosidade e sexualidade dos seus membros. Demaneira que, embora haja integração, não identificação total entre indivíduo e comunidade; apenas uma identificação parcial. Cf.: DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 311 *et seq.*; LOIS, Cecilia Caballero. *Da União Social à Comunidade Liberal: o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico de Ronald Dworkin*. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.); LEITE, Roberto Basilone (Col.). *Justiça e Democracia*, pp. 31 *et seq.*

⁴³⁴ LOIS, Cecilia Caballero. *Da União Social à Comunidade Liberal: o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico de Ronald Dworkin*. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.); LEITE, Roberto Basilone (Col.). *Justiça e Democracia*, p. 37.

⁴³⁵ Pettit afirma que em *The Common Mind* (1993) assumira uma posição em certa medida parecida com a de Taylor, isto é, antioletivista (individualista) e antiatomista (holista): *antioletivista* por entender que os indivíduos não são meros joguetes de forças sociais agregadas, meros números num jogo de azar histórico; e *antiatomista* por entender que o indivíduo não é um ser solitário mas, ao contrário, um ser essencialmente social, que depende de outras pessoas. Cf.: PETTIT, Philip. *Republicanism*, p. 11; BERTEN, André. *A epistemologia holista-individualista e o republicanismo liberal de Philip Pettit*. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 115, pp. 9-31, jun.2007, p. 11.

potencial) e idiossincrática de outrem. De maneira que sua obra central – *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno* (1997) – se concentra na defesa da liberdade, enquanto condição que implica na emancipação de qualquer subordinação, na libertação de qualquer dependência.⁴³⁶ A identificação da liberdade com alguma meta coletiva singular implicaria em rejeitar a idéia – muito cara a Pettit – de que o gozo desse direito é inerente às pessoas individualmente consideradas.⁴³⁷ Pettit compartilha de um temor milenar: a tirania da maioria. Por essa razão ele inverte a ordem de preferência das liberdades, entendendo que a participação democrática inerente ao autogoverno é essencial para a república apenas porque é necessária para assegurar a não-dominação – do que resultará um sentido histórico bem diferente do que se deva entender por liberdade.⁴³⁸

O ponto de partida é a distinção entre os conceitos de liberdade, tal como classicamente apresentadas por Berlin: a *liberdade negativa*, enquanto ausência de interferência efetiva, entendida a interferência como uma intervenção intencional (uma pessoa é livre negativamente quando pode agir ou deixar de agir sem qualquer impedimento ou coerção efetivos); e a *liberdade positiva*, enquanto possibilidade de agir ativamente para assegurar a paz e o controle pessoal, sendo considerada livre a pessoa que consegue o “autodomínio” (autodeterminação).⁴³⁹ No entanto, para Pettit essa distinção realmente sugere um eu dividido e contraposto a si mesmo. Rejeitando a idéia de que existam apenas essas duas formas de conceber a liberdade, ele busca uma terceira forma de concebê-la, à qual se liga a verdadeira tradição republicana, e que relaciona a liberdade com a *não-dominação*.⁴⁴⁰ *Domínio e interferência*, para ele, não são sinônimos. O elemento comum entre *não-dominação* e liberdade negativa (enquanto *não-interferência*) é a *ausência* de algo. Por outro lado, o elemento comum entre *não-dominação* e liberdade positiva (enquanto *autodomínio*) é a *dominação* – e não a interferência. A distinção entre *não-dominação* e liberdade positiva não

⁴³⁶ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Tradução de Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999, pp. 21/22.

⁴³⁷ Cf. SILVA, Ricardo. Lei e liberdade no republicanismo de Skinner e Pettit. Lua Nova, São Paulo, v. 74, pp. 151-194, 2008, p. 164

⁴³⁸ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, p. 25.

⁴³⁹ Cf.: BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty*, p. 393 e p. 397 *et seq.*; PETTIT, Philip. *Republicanism*, p. 35.

⁴⁴⁰ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, pp. 35-37.

apresenta problemas, posto se trate de ideais bastante diferentes: a ausência de dominação por parte dos outros evidentemente não garante só por si o autodomínio (a autodeterminação). Já a distinção entre não-dominação e liberdade negativa pode se apresentar problemática, diante dos significados de *dominação* e *interferência*. É possível comparar a *dominação* com a relação entre senhor e escravo, em que aquele (o dominante) *pode* interferir de maneira arbitrária nas escolhas deste (o dominado), o que não quer dizer que *efetivamente* interfira: a diferença reside justamente na possibilidade de haver dominação sem interferência, como no caso de um “senhor bondoso”, por exemplo; mas ainda assim há dominação, na medida em que a parte dominante tem *ao seu dispor* um poder arbitrário com “impunidade”. O inverso – interferência sem dominação – também é possível: uma pessoa pode permitir a interferência de outra para cuidar de seus próprios interesses; a questão é que a interferência não envolve arbitrariedade.⁴⁴¹

Ao sustentar que a concepção de liberdade republicana sempre foi a não dominação, em vez da participação (o autodomínio, o autogoverno), Pettit invoca dois argumentos. Primeiro que na tradição republicana a liberdade sempre se apresentou a partir da oposição entre *liber* e *servus*, isto é, entre cidadão e escravo; um homem livre exibe um *status* que, à diferença do escravo, não está sujeito ao poder arbitrário de ninguém (idéia que Pettit vê como presente no pensamento tanto de Maquiavel como de Harrington). Além disso, pode haver interferência sem diminuição da liberdade, em

⁴⁴¹ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, pp. 40-42. Ricardo Silva esclarece: “Comparado com o ideal da não-interferência, o ideal da não-dominação seria dotado de maior riqueza, tanto do ponto de vista sociológico, quanto do ponto de vista constitucional (...). Para demonstrar esta tese, Pettit nos convida a contemplar duas situações. A primeira seria aquela em que o ideal da não-dominação é capaz de vislumbrar o comprometimento da liberdade em circunstâncias em que o liberalismo enxergaria seu pleno gozo; e a segunda seria aquela em que o ideal da não-dominação admitiria a manutenção da liberdade em situações em que o liberalismo denunciaria a redução ou a supressão da mesma. Trata-se da situação em que o senhor pode realmente eximir-se de qualquer tipo de interferência na vida do escravo; pode permitir que seu escravo haja conforme lhe aprouver; e pode até mesmo fornecer meios para ampliar o leque de escolhas disponíveis ao escravo. Do ponto de vista de Berlin, esta situação não acarretaria afronta à liberdade do escravo, uma vez que, *de fato*, o escravo realiza suas ações sem nenhum tipo de interferência do senhor. Para Pettit, todavia, a liberdade negativa republicana requer não apenas que não haja interferência arbitrária *de fato*, mas também que nenhum dos pólos de uma dada relação mantenha um *status* que lhe permita interferir no outro conforme o arbítrio de sua vontade. Assim, por mais benevolente que seja o senhor, o escravo continuará sendo escravo e, enquanto tal, um objeto de dominação à mercê da vontade arbitrária de outra pessoa. Com relação à segunda situação, o que Pettit tem principalmente em mente são as leis que condicionam as escolhas de todo e qualquer cidadão. Embora a lei seja um caso óbvio de interferência, contanto que ela se faça em consonância com os ‘interesses comuns assumidos’ pelos indivíduos sobre os quais ela é exercida, ela representaria um tipo não arbitrário de interferência, impróprio, portanto, de ser considerado como dominação ou afronta à liberdade.” (SILVA, Ricardo. *Lei e liberdade no republicanismo de Skinner e Pettit*, pp. 182/183)

particular quando a interferência não é arbitrária (não representando, destarte, uma forma de dominação), como no caso da regulação das condutas pelo Direito em um Estado que observa determinadas condições institucionais (mecanismos adequados de representação, de rotatividade de cargos públicos, de separação de poderes, etc.).⁴⁴²

A característica da dominação envolve justamente a possibilidade (o poder) de uma pessoa exercer – de maneira real, intencional e prejudicial –, sobre outra uma interferência arbitrária em sua faculdade de escolha (ainda que apenas para algumas escolhas).⁴⁴³ Há uma série de formas através das quais a dominação pode ser exercida: desde a coerção física e moral, a manipulação, a vantagem tecnológica ou econômica, autoridade política, influência ou prestígio social, acesso à informação, patrimônio cultural. Geralmente há consciência recíproca de controle e vulneração tanto por parte de quem domina e por parte de quem é dominado: isto é, o dominante sabe que domina e sabe que o dominado sabe que é dominado; e o dominado sabe que é dominado e sabe que o dominante sabe que domina.⁴⁴⁴

Existem dois tipos de poder dentro de qualquer mundo social: o *dominium* e o *imperium*. *Dominium* é o poder privado de interferência que algumas pessoas ou agentes, individuais ou coletivos, exercem sobre as pessoas. *Imperium* é o poder do Estado, do Poder Público. “O Estado republicano procurará adotar formas sociais de vida, dentro da qual cada um é capaz de olhar os outros nos olhos, numa percepção compartilhada de não ser dependente de sua boa vontade e ninguém se encontra a mercê de qualquer sujeito coletivo.”⁴⁴⁵

Há duas estratégias possíveis. Mais apropriada para conter o risco de *dominium*, a *estratégia do poder recíproco* implica em tornar mais iguais os recursos de dominação, de maneira que, em condições ideais, uma pessoa previamente dominada possa ter meios de se defender sozinha da interferência do dominador; se bem que idealmente seja de difícil implementação, ela pelo menos permite à parte prejudicada a possibilidade de impor sanções a quem arbitrariamente interfira em sua

⁴⁴² Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, pp. 51-63.

⁴⁴³ Pettit observa que o dominante será sempre um agente (não um sistema ou uma rede), ainda que possa ser um agente coletivo ou uma organização, tanto quanto a parte dominada será sempre uma ou mais pessoas individuais. Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, pp. 83.

⁴⁴⁴ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, pp. 87/88.

⁴⁴⁵ Cf. PETTIT, Philip. *Teoria da Liberdade*. Tradução de Renato Sérgio Pupo Maciel; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 212.

liberdade.⁴⁴⁶ Para Pettit, no entanto, o republicanismo insiste não apenas na adoção de mecanismos para evitar o *dominium*, mas também para limitar a controlar o *imperium*. Para tanto, a *estratégia da prevenção constitucional* consiste em eliminar a dominação pela instituição de uma autoridade constitucional que prive as partes do poder de interferência arbitrária e do poder de sancionar essa interferência, eliminando, assim, a dominação de uns sobre os outros. Uma eventual interferência que autoridade pública venha a exercer deverá atender aos interesses dos cidadãos, de acordo com sua própria interpretação desses interesses, sendo conveniente e sensível ao bem comum.⁴⁴⁷

Quando o agente dominante é o Estado, a não-dominação exige que tal poder se exerça em consonância com o bem-estar e a visão de mundo do público, isto é, dos destinatários do poder, e não de seus exercentes: “*Los actos de interferencia perpetrados por el estado deben seguirse de los intereses compartidos de los afectados, y de acuerdo con una interpretación compartida, quando menos procedimentalmente, por los afectados.*”⁴⁴⁸ Cuida-se de um assunto essencialmente político. É uma questão de fato identificar se a ação do Estado se pauta por interesses de grupos ou facções, e não pelo “interesse público.” Para compelir o Estado a respeitar o interesse público, impedindo uma ação arbitrária, Pettit menciona dois tipos genéricos de restrição à arbitrariedade, tais sejam a imposição de dadas pré-condições de ação que tornariam muito difícil a interferência do grupo ou facção dominante, funcionando como um filtro para atos impróprios (observância de processos legislativos ou de requisitos jurídicos para as ações estatais), e a imposição de sanções efetivas aos agentes cuja interferência se afigure arbitrária.⁴⁴⁹

Como quer que seja, tanto a prevenção constitucional como a distribuição igualitária dos recursos de proteção e sanção se apresentam como formas de poder. A não-dominação por elas assegurada implica não apenas uma ausência de interferência arbitrária, mas uma espécie de segurança ou imunidade frente às interferências arbitrárias. E, assim como a dominação é de conhecimento recíproco entre dominante

⁴⁴⁶ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, pp. 97/98. O Estado pode evitar o *dominium*, por exemplo, através de políticas de bem-estar, ou pela regulação adequada do mercado, de maneira a assegurar às pessoas a capacidade de exercer sua autonomia. (Ibidem, p. 212)

⁴⁴⁷ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, pp. 97/98.

⁴⁴⁸ PETTIT, Philip. *Republicanism*, p. 83.

⁴⁴⁹ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, pp. 84/85.

e dominado, o mesmo ocorre com a não-dominação, pois as medidas tomadas para nivelar a desigualdade dos recursos que estavam na origem do poder de uma parte sobre a outra constituirão seguramente um dado notório.⁴⁵⁰

A liberdade é vista, portanto, de uma maneira diferente: como *status* – não como “oportunidade” (como nos liberalismos clássico e mesmo no igualitário de Rawls e Dworkin), nem como “exercício” (como no comunitarismo e republicanismo cívico-humanista de Taylor e Sandel).

Trata-se de uma concepção de liberdade num certo sentido “negativa”, na medida em que se caracteriza, não pela presença de algo, mas pela ausência de algo (dominação) que procura compatibilizar-se com a pluralidade de valores e interesses, amiúde inconciliáveis, que caracterizam as sociedades modernas.⁴⁵¹ As virtudes cívicas e a participação são instrumentos necessários à manutenção das liberdades para assegurar tal *status* do que como a essência mesma da liberdade.⁴⁵²

2.2 A cidadania radical na democracia pluralista de Chantal Mouffe

Num registro que se pode considerar não tão próximo do republicanismo liberal de Pettit (mas seguramente mais distante de um republicanismo comunitário como o de Sandel) situa-se Chantal Mouffe, para quem a construção de uma identidade política para os cidadãos se apresenta como uma das mais destacadas tarefas da democracia contemporânea.

Em uma de suas principais obras – *O Regresso do Político*, de 1993 – ela reconhece a existência de concepções diversas de cidadania, bem como que a opção por uma delas tem implicação direta para o tipo de sociedade e de Estado

⁴⁵⁰ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, pp. 96-100.

⁴⁵¹ Cf. SILVA, Ricardo. Lei e liberdade no republicanismo de Skinner e Pettit, pp. 168/169. “Ao definir-se pela *ausência* e não pela *presença* de algo, a concepção republicana de liberdade compartilha a preocupação liberal de evitar as conseqüências potencialmente ameaçadoras à liberdade individual associadas com a idéia de liberdade positiva. Contudo, o que deve estar ausente não é a mesma coisa para o republicanismo e para o liberalismo. (...) Enquanto o liberalismo de Berlin enfatiza a ausência de qualquer tipo de interferência intencional de terceiros como o critério da liberdade individual, Pettit destaca que não é qualquer forma de interferência intencional que se revela incompatível com a liberdade republicana, mas exclusivamente aquelas formas de interferência que podem ser qualificadas como *arbitrárias*. E *interferência arbitrária*, para o autor, é uma expressão sinônima de *dominação*. Daí a fórmula sintética adotada por Pettit da liberdade como *ausência de dominação*, ou, simplesmente, liberdade como *não-dominação*.” (Ibidem, p. 181)

⁴⁵² Cf. SILVA, Ricardo. Lei e liberdade no republicanismo de Skinner e Pettit, p. 178.

(“comunidade política”) que se pretende construir. Ao confrontar as tradições liberal (sobretudo na vertente rawlsiana) e comunitarista (ou republicano-comunitarista, especialmente nas vertentes de Sandel e Taylor) – cuja disputa implica no fundo exatamente a questão de cidadania –, ela busca articular os pontos fortes do *liberalismo igualitário* e do *humanismo cívico* (a vertente republicana que, de um lado, parece compatível com o que Taylor e Sandel defendem e que, por outro lado, Rawls rejeita).⁴⁵³

Mouffe observa que o liberalismo igualitário de Rawls se apresenta como uma teoria muito mais compatível com o pluralismo, com as liberdades individuais, com a laicização do Estado e com o desenvolvimento da sociedade civil – valores e idéias esses constitutivos da política democrática moderna. No entanto, identifica sérios problemas na sua concepção liberal de cidadania: ao posicionar os indivíduos frente à democracia constitucional como titulares de direitos iguais (por força de seus dois princípios da justiça), Rawls endossa uma concepção de cidadania que se restringe apenas à capacidade de cada um formar, revisar e realizar racionalmente a sua concepção de bem; os cidadãos podem valer-se de seus direitos para promover seu próprio interesse, desde que respeitem os direitos dos outros. Daí a procedência da crítica comunitarista, que considera essa concepção de cidadania muito pobre, porque não condiz com alguém para quem é natural unir-se a outros a fim de executar uma ação comum em vista de um bem também comum: os cidadãos são vistos como pessoas egoístas usando dos direitos de que desfrutam tão apenas para satisfação de seus próprios interesses.⁴⁵⁴ O comunitarismo defende um revigoramento da visão

⁴⁵³ MOUFFE, Chantal. *O Regresso do Político*. Tradução de Ana Cecília Simões; revisão de José Soares de Almeida. Lisboa: Gradiva, 1996, pp. 83-84. Embora Chantal Mouffe aluda a “republicanismo cívico” para indicar algumas críticas republicanas comunitaristas dirigidas contra o liberalismo, parece que ela se refere à tradição republicana Taylor chama de *humanismo cívico* (ou republicanismo cívico humanista), e que Rawls definitivamente rejeita, nestes termos: “com relação ao humanismo cívico, tal como o entendo, há de fato uma oposição fundamental. Pois, como uma forma de aristotelismo, às vezes é apresentado como a visão de que o homem é um animal social, ou mesmo político, cuja natureza essencial se realiza mais plenamente numa sociedade democrática onde existe uma participação ampla e vigorosa na vida política. A participação não é incentivada como algo necessário à proteção das liberdades básicas da cidadania democrática e como algo que, por si mesmo, constitui um bem entre outros, por mais importante que seja para muitas pessoas. A participação na política democrática é, em vez disso, considerada o *locus* privilegiado da vida digna a ser vivida.” (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*, pp. 254/255).

⁴⁵⁴ Mouffe se reporta à crítica de Sandel, de que a concepção do eu de Rawls é uma concepção liberta de todos os laços sociais, não dando espaço para uma comunidade num sentido mais forte, constitutiva da identidade das pessoas. Contrariamente ao próprio Sandel – que identifica em Rawls uma comunidade de caráter *sentimental* (diferenciando-a de uma comunidade de caráter *instrumental*) – para ela a idéia de comunidade em

cívico-republicana da política, ressaltando a importância da participação política e colocando uma forte ênfase na noção de um bem comum ou interesse público substantivo, anterior e independente em relação aos desejos e interesses individuais. No entanto, nessa defesa enfática de um bem comum substantivo ela identifica um risco sério de retorno a uma visão pré-moderna de política, capaz de sufocar os valores muito caros (pluralismo, liberdade, laicidade, desenvolvimento) que o liberalismo logrou conquistar.⁴⁵⁵

Ou seja: enquanto o aspecto positivo da cidadania liberal diz com a universalização da liberdade e da igualdade e o reconhecimento e a garantia de direitos individuais, figurando a comunidade como mero instrumento para o exercício da atividade produtiva e da prosperidade individual, o do comunitarismo republicano diz com a afirmação do valor da participação política, atribuindo um papel central à inserção das pessoas em suas comunidades. Trata-se, assim, de articular a cidadania liberal, que vê no indivíduo principalmente o portador de direitos, com a cidadania republicana comunitária, que o entende como participante ativo politicamente.⁴⁵⁶

O que dá uma conotação liberal à teoria de Mouffe é que ela subscreve (ainda que com algumas reservas) a idéia de Rawls de que o justo precede o bem, do que resulta que os direitos individuais não podem ser sacrificados em favor do bem-estar coletivo – idéia que se afina com o pluralismo e com as várias concepções de bem que os indivíduos possam ter. De fato, a democracia moderna é caracterizada pela ausência de um bem comum substantivo:

É este o significado da revolução democrática analisada por Claude Lefort, que o identifica com a dissolução dos sinalizadores de certeza. Segundo Lefort, a sociedade democrática moderna é uma sociedade em que o poder se tornou um lugar vazio e está separado da lei e do conhecimento. Numa tal sociedade já não é possível fornecer uma garantia final, uma legitimação definitiva, porque o poder não está mais incorporado na pessoa do príncipe e associado a uma instância transcendente. Portanto, o poder, a lei e o conhecimento estão sujeitos a uma indeterminação radical: nos meus termos, um bem comum substantivo tornou-se impossível.⁴⁵⁷

Rawls seria justamente *instrumental*, na qual os indivíduos ingressam com sua identidade previamente definida, visando tão somente promover seus fins e interesses. Cf. MOUFFE, Chantal. O Regresso do Político, pp. 84/85.

⁴⁵⁵ Cf. MOUFFE, Chantal. O Regresso do Político, pp. 84-85.

⁴⁵⁶ Cf. MOUFFE, Chantal. O Regresso do Político, pp. 86-87.

⁴⁵⁷ MOUFFE, Chantal. O Regresso do Político, p. 88.

No entanto, Rawls estabelece uma prioridade absoluta do direito sobre o bem – o que se afigura incompatível com a exigência de participação dos indivíduos no desenvolvimento de virtudes cívicas, de vínculos verdadeiros de cooperação social e de solidariedade, necessários à construção de normas e valores comuns. “A cooperação social é tomada apenas enquanto meio para o desenvolvimento individual. Não existe uma obrigação política do cidadão para com a comunidade na qual ele está inserido” – o que provoca o empobrecimento dos laços sociais.⁴⁵⁸ Daí a procedência da crítica republicana cívico-humanista resgatada pelo comunitarismo, no sentido de que tal prioridade absoluta não pode existir, pois que só a participação numa comunidade é capaz de definir o bem de uma determinada maneira, possibilitando que os cidadãos adquiram um senso de direitos e uma concepção de justiça.⁴⁵⁹ Mouffe, contudo, definitivamente rejeita a idéia de um bem comum substantivo, que ela vê como fator de repressão à liberdade.⁴⁶⁰

Além disso, ela reformula ainda uma outra crítica comunitária: a da rigorosa separação entre o público e o privado. Sem deixar de reconhecer o quanto essa separação favorece a liberdade individual, ela ressalta, por outro lado, as nefastas conseqüências que tal separação tem trazido para a política. A preocupação exclusiva com a moralidade privada tende a promover um esvaziamento ético na política. “Tornou-se dominante uma concepção instrumentalista [da política], exclusivamente preocupada com o compromisso entre interesses já definidos. Por outro lado, a preocupação exclusiva do liberalismo com os indivíduos e os seus direitos não forneceu conteúdo nem orientação para o exercício desses direitos. Isto conduziu à

⁴⁵⁸ Cf. KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania. Reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 335-336.

⁴⁵⁹ Cf. MOUFFE, Chantal. O Regresso do Político, p. 89. “Os comunitaristas perdem a razão quando alguns deles, como Sandel, concluem que nunca poderá haver uma prevalência do direito sobre o bem e que, portanto devemos rejeitar o pluralismo liberal e regressar a um tipo de comunidade organizada em torno de valores morais partilhados e de uma idéia substantiva de bem comum. Podemos concordar plenamente com Rawls quanto à prevalência da justiça como virtude principal das instituições sociais e políticas e na defesa do pluralismo e dos direitos, embora admitindo que esses princípios são específicos de um certo tipo de associação política.” (Idem)

⁴⁶⁰ Cf. KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado, p. 337.

desvalorização da acção cívica, do interesse comum, o que provocou uma crescente falta de coesão social nas sociedades democráticas.”⁴⁶¹

É preciso, então, reatar o elo perdido entre ética e política, articulando liberdade individual e participação cívica. Segundo ela, o que partilhamos e o que nos torna cidadãos num regime liberal democrático é uma solidificação de princípios políticos específicos a essa tradição: os princípios da liberdade e igualdade para todos.

Ser um cidadão é reconhecer a autoridade de tais princípios e as regras que os incorporam, tê-los como informadores da nossa opinião política e das nossas ações. Estar associado em termos do reconhecimento dos princípios democrático-liberais: é este o significado de cidadania que quero defender. Implica encarar a cidadania, não como um estatuto legal, mas como uma forma de identificação, um tipo de identidade política: algo que deverá ser construído, e não empiricamente determinado.⁴⁶²

Daí a construção de um conceito de cidadania, que ela chama de *cidadania radical*, que se nutre de elementos que considera mais importantes das duas tradições – a *liberal* (especialmente igualitária rawlsiana) e a *comunitária* (especialmente na vertente estrutural ou republicana). Da tradição liberal, ela retém algumas conquistas como a separação de poderes, a laicização do Estado e a aceitação do pluralismo; além de tudo, empresa valor (ainda que com alguma relatividade) à idéia de direitos. Do comunitarismo republicano ela retém a importância das noções de participação cívica e de construção em comum de normas e valores, bem como a idéia de que a identidade do eu se constitui a partir de sua inserção comunitária. As adaptações na tradição liberal ficam por conta de uma reformulação na distinção entre espaço público e privado deduzida do pensamento liberal, pois o “pluralismo e os direitos individuais podem ser defendidos dentro de uma comunidade política que incentiva a participação e o empenho cívico”. As adaptações na tradição comunitarista ficam por conta da reformulação da idéia de comunidade política nos termos de uma “gramática dos jogos de linguagem”, conectada por princípios ético-políticos da liberdade e da igualdade, que informam a democracia moderna.⁴⁶³

⁴⁶¹ Cf. MOUFFE, Chantal. O Regresso do Político, pp. 89/90.

⁴⁶² MOUFFE, Chantal. O Regresso do Político, pp. 89/90.

⁴⁶³ Cf. KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado, p. 337.

Embora os direitos individuais sejam importantes, o cidadão não é visto tão somente como pessoa que pode titularizá-los e exercê-los (inclusive contra a república). A cidadania é considerada como uma “identidade política”, criada pela identificação com a *respublica*, uma *identidade política comum* de pessoas que podem até estar empenhadas em realizar seus interesses e fins particulares (de acordo com suas próprias concepções de bem), mas consentem em buscar realizá-los de acordo com as normas da *respublica*, porque reconhecem que estão todos unidos por um conjunto de valores ético-políticos.⁴⁶⁴

Observa Mouffe que a cidadania não é apenas *uma identidade entre outras* (como no liberalismo) ou uma identidade dominante em relação às demais (como no republicanismo cívico resgatado pelo comunitarismo), mas um princípio articulador, que afeta as diferentes posições subjetivas da pessoa, que não retira o espaço a uma pluralidade de lealdades específicas e ao respeito pela liberdade individual. Ela não ignora que haverá diferentes formas de compreender e interpretar a república, do que resultam formas diferentes de identificação cidadã. De todo modo, a república deve ser constituída pelos princípios políticos da liberdade e da igualdade a todos, o que conduzirá à que, em qualquer ação pública que seja levada a efeito, todos os cidadãos devam ser tratados como pessoas livres e iguais.⁴⁶⁵

Mesmo que as pessoas se identifiquem com várias demandas sociais de acordo com sua inserção em outros subgrupos sociais (mulheres, trabalhadores, negros, homossexuais, ecológicos), ainda há uma vinculação e uma identificação mais profunda, comum a todos, com um grupo social maior (a república). Essa identidade política comum traduz na verdade um compromisso coletivo com uma interpretação democrático-radical dos princípios do regime liberal-democrático (liberdade e igualdade), segundo a qual tais princípios devem levar em consideração as diferentes *posições e relações sociais* da pessoa, no que se relaciona a gênero, classe, raça, etnia, orientação sexual, etc.

⁴⁶⁴ Cf. MOUFFE, Chantal. *O Regresso do Político*, pp. 95-96.

⁴⁶⁵ “Por exemplo, uma interpretação democrática radical enfatizará as numerosas relações sociais onde existem relações de domínio, que terão que ser questionadas para que os princípios da liberdade e da igualdade possam aplicar-se. [Isso levará] a que grupos diferentes que lutam por uma extensão e radicalização da democracia reconheçam que têm um interesse comum e que na escolha de suas ações deverão submeter-se a determinadas regras de conduta; por outras palavras, conduzirá à construção de uma identidade política comum como cidadãos radicais democráticos.” (MOUFFE, Chantal. *O Regresso do Político*, p. 96)

Essencial para essa concepção de cidadania é o próprio sentido atribuído à república. Mouffe distingue *universitas* de *societas*. “*Universitas* representa” – segundo ela – “um envolvimento num determinado empreendimento a fim de realizar um objetivo substantivo comum ou para promover um interesse comum.”⁴⁶⁶ A relação entre o grupo social e as pessoas que o compõem é de caráter constitutivo; o agrupamento é em si uma totalidade com uma identidade abstrata, algo mais que a soma das unidades (identidades) parciais. *Societas*, por outro lado, designa uma associação civil, “uma relação formal em termos de regras, não uma relação substantiva em termos de acção comum.”⁴⁶⁷ A idéia de *societas*, com a qual Mouffe identifica a república, é algo mais que uma comunidade instrumental (como no liberalismo) e algo menos que um empreendimento comum (como no comunitarismo republicano): “o que os une é o reconhecimento da autoridade das condições que especificam o seu interesse comum ou ‘público’, uma ‘prática de civilidade’.”⁴⁶⁸ Trata-se de um conceito de comunidade aparentemente próximo daquele formulado por Dworkin, que a vê não como uma *comunidade de valores*, mas uma *comunidade de princípios*.⁴⁶⁹ Essa visão da república, segundo ela, é a que se apresenta mais compatível com o pluralismo e com os direitos individuais.

2.3 As condições da liberdade e da igualdade: pluralismo agonista e democracia contestatária

Tanto Pettit como Mouffe, cada um a sua maneira, reconhecem às pessoas um certo *status* que lhes assegura uma condição de liberdade e igualdade. Garantir esse *status* passa a ser o problema fundamental da república – o que se dá através de determinadas condições institucionais (*polities*).⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ MOUFFE, Chantal. O Regresso do Político, p. 91.

⁴⁶⁷ MOUFFE, Chantal. O Regresso do Político, p. 91.

⁴⁶⁸ MOUFFE, Chantal. O Regresso do Político, p. 91.

⁴⁶⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 254-255.

⁴⁷⁰ “De acordo com Pettit, ao ater-se apenas a interferências *efetivas*, a perspectiva liberal [clássica] desobriga-se de encaminhar soluções para as estruturas de dominação em que a interferência arbitrária não é plenamente visível, existindo apenas como *potencial*, um potencial que pode efetivar-se a qualquer momento, de acordo com o arbítrio do agente dominante. E, ao apresentar toda e qualquer forma de interferência intencional como antagonica à liberdade, ela inibe qualquer tipo de consideração sobre a lei como um meio para reduzir os

Segundo Pettit, a forma de se proteger os indivíduos contra a dominação se dá pela articulação do *constitucionalismo* com a *democracia*, enquanto formas típicas de um Estado republicano. Do ponto de vista do constitucionalismo, três condições são necessárias: o império da lei; a divisão de poderes; e o asseguramento de garantias contramajoritárias. O *império da lei* envolve dois aspectos: toda lei deve ser tornada pública e aplicada prospectiva e universalmente, ser inteligível, consistente, racional; além disso, a discricionariedade deve ser sempre compreendida como uma faculdade a ser exercida *sub legem* (e não *praeter legem*).⁴⁷¹ A *divisão de poderes* deve ser compreendida não apenas no sentido clássico, enquanto divisão orgânica de funções (“separação de poderes”), mas, tanto quanto possível, também enquanto divisão espacial de funções (federalismo), conseqüentemente com a divisão orgânica interna no âmbito legislativo (bicameralismo).⁴⁷² Por fim, as *garantias contramajoritárias* funcionam como uma defesa contra o populismo: uma lei deve ser avaliada como boa ou má não por contar ou não com o apoio da maioria; a liberdade como não-dominação funciona como supervalor com base no qual as decisões coletivas são avaliadas.⁴⁷³ Mas o constitucionalismo ainda assim pareceria insuficiente para assegurar a não-dominação dos cidadãos. Por mais bem acabado que seja um sistema normativo, ele jamais pode ser suficientemente detalhado a ponto de afastar o exercício da discricionariedade político-legislativa e administrativa de parte dos exercentes de poder. A questão é: *Como proteger a liberdade (ou, como assegurar a não-dominação) mesmo aceitando-se que a discricionariedade é inevitável – e, em certa medida, necessária?* Pettit defende um tipo de *democracia contestatória* (em vez de consensual), com canais de participação e contestação não apenas no âmbito do Poder Legislativo como do Poder Executivo. A participação é vista não como um bem comum em si, ou como algo para a realização de um determinado bem comum

níveis de dominação existentes na sociedade.” (SILVA, Ricardo. *Lei e liberdade no republicanismo de Skinner e Pettit*, p. 183)

⁴⁷¹ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, p. 228 *et seq.* “Este caso pressupõe que, por mais bem ordenado que seja o aparato jurídico de uma república, haverá sempre uma margem de poder discricionário à disposição dos governantes. Mas a república estará tão mais protegida da interferência arbitrária dos governantes quanto maior for o grau em que tais governantes submetam suas decisões ao processo legal.” (SILVA, Ricardo. *Lei e liberdade no republicanismo de Skinner e Pettit*, p. 186)

⁴⁷² Cf.: PETTIT, Philip. *Republicanism*, p. 234 *et seq.*; SILVA, Ricardo. *Lei e liberdade no republicanismo de Skinner e Pettit*, p. 187.

⁴⁷³ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, p. 236 *et seq.*

substantivo, como nos republicanismos de viés comunitário, mas como um meio de evitar a dominação.⁴⁷⁴ Ricardo Silva assim interpreta essa fórmula: “Trata-se do que poderíamos qualificar como uma ‘participação negativa’, uma vez que sua função é permitir ao povo dizer não aos anseios de dominação dos poderosos (...).”⁴⁷⁵ E, em caso de conflito entre a vontade dos governantes (na posição em que aspiram à dominação) e do povo (na posição em que resiste em ser dominado), deve em regra prevalecer a vontade do povo.

Essa idéia de “democracia contestatória” está fortemente arraigada também ao pensamento de Mouffe – se bem que com contornos bastante diferentes.⁴⁷⁶ Para ela, uma “sociedade democrática” não é uma sociedade pacificada e harmoniosa que superou suas divergências internas básicas de maneira a estabelecer um consenso a partir de uma interpretação única dos valores comuns, mas uma sociedade com uma esfera pública vibrante, na qual muitas visões conflitantes têm espaço para se expressar e que comporta a possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos. O seu argumento central, aqui, diz com a necessidade de a teoria política democrática buscar entender a importância do dissenso numa sociedade democrática, de maneira a captar as diferentes formas de antagonismos que emergem no mundo globalizado. Ela designa esse modelo de *pluralismo agonístico*.⁴⁷⁷

Apesar de manifestar um certo temor em face de concepções substantivas muito fortes de bem comum, na medida em que elas tendem a sufocar o pluralismo, Mouffe dá vazão à necessidade do poder e do antagonismo para realização do interesse público. Para ela, o poder e o antagonismo devem estar no centro de uma teoria

⁴⁷⁴ Cf. PETTIT, Philip. *Republicanism*, p. 242 *et seq.*

⁴⁷⁵ Cf. SILVA, Ricardo. Participação como contestação: a idéia de democracia no neo-republicanismo de Philip Pettit. *Política & Sociedade*, n. 11, pp. 199-220, out.2007, p. 205; e SILVA, Ricardo. Lei e liberdade no republicanismo de Skinner e Pettit, p. 189.

⁴⁷⁶ Tanto Pettit como Mouffe reconhecem a dimensão da contradição e da irracionalidade (a paixão) inerente à democracia contestatória, em que os atores políticos (individual ou coletivamente) lutam pela defesa de seus próprios valores e interesses. Mouffe no entanto apresenta um modelo normativo de democracia agonístico-deliberativo, o qual não apenas reconhece essa dimensão passional como de resto o defende e fomenta, a bem do pluralismo. Pettit, de seu turno, embora reconheça essa dimensão passional, estabelece um modelo normativo de democracia racional-deliberativa (que Mouffe critica), como uma instância de controle da paixão e do desejo na defesa de valores e interesses.

⁴⁷⁷ Cf.: MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Política & Sociedade*, n. 3, pp. 11-26, out.2003, p. 11; MOUFFE, Chantal. Teoria política, direitos e democracia. Tradução de Katya Kozicki. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 387; MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 25, pp. 11-23, nov.2005, p. 22.

democrática: a objetividade social é constituída através de atos de poder e qualquer objetividade social é definitivamente política. Posto que as relações de poder são constitutivas do social, em vez de tentar eliminar o poder, uma teoria democrática deveria procurar conciliá-lo com a democracia e o pluralismo de valores contemporâneo. Além disso, as identidades individuais não podem mais ser compreendidas em termos universalistas. As pessoas acumulam várias identidades, não apenas relativas à classe e posição sociais, mas também relacionadas a gênero (homens e mulheres), preferências sexuais (homo ou heterossexuais), cultura (etnia, religião, idioma), capacidade e condição física (magro ou obeso, portador de alguma deficiência ou não) e outras preferências morais ou políticas diversas (fumante ou não-fumante, ambientalista ou ruralista, etc.).⁴⁷⁸ Ela diferencia, assim, “o político” de “a política”: *o político* representa a dimensão do antagonismo inerente a todas as sociedades modernas; *a política* é o conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram ordenar e organizar a coexistência humana.⁴⁷⁹ Na sua percepção, não se pode eliminar a hostilidade e neutralizar o antagonismo existente nas relações humanas, tal como pretende a política democrática da teoria liberal.

A política visa a criação de unidade num contexto de conflito e diversidade; está sempre preocupada com a criação de um “nós” pela determinação de um “eles”. A inovação da política democrática não é a superação da distinção nós/eles, mas a maneira diferente de estabelecer essa distinção. O problema fundamental é como operar a discriminação nós/eles numa forma compatível com a democracia pluralista.⁴⁸⁰

Numa teoria democrática o “outro” não pode ser considerado como *inimigo*, mas como *adversário*, isto é, alguém com cujo ponto de vista pode-se até não concordar, mas a quem se reconhece o direito de defendê-lo. Daí que não se trata de uma relação política de tipo *antagonista* (aquela travada entre inimigos), mas *agonista* (travada entre adversários). Embora reconheça que qualquer democracia exija um consenso mínimo acerca de determinados princípios ético-políticos constitutivos da democracia, ainda assim esses princípios se ressentem, para ela, de uma certa “conflituosidade”, na medida em que comportam interpretações diferentes e

⁴⁷⁸ Cf. MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo, pp. 13-14.

⁴⁷⁹ Cf. MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo, p. 15.

⁴⁸⁰ MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo, pp. 15/16.

conflitantes. Com maior razão, afora ou abaixo desse consenso mínimo, todo consenso existe apenas enquanto resultado temporário de uma hegemonia provisória, obtida por algum grupo identitário.⁴⁸¹ “A criação de formas democráticas de individualidade é uma questão de identificação com valores democráticos e este é um processo bastante complexo, que se realiza através de um conjunto de práticas, discursos e jogos de linguagem.”⁴⁸² Mesmo quando há regras orientando as práticas, muitas vezes não há um consenso quanto ao seu significado; ou eles não indicam com precisão até onde se deve chegar através de sua interpretação. “Isso pode nos levar a abandonar a idéia de que a regra e sua interpretação determinam o sentido e a reconhecer que o entendimento de um termo geral não consiste em apreender uma teoria, e sim coincide com a habilidade de utilizar tal termo em diferentes circunstâncias.”⁴⁸³ A observância de uma regra é uma prática ou costume intersubjetivo tal como um jogo, que revela um entendimento compartilhado sobre como cumpri-la – o que indica que o “jogo democrático” pode ser experimentado de várias formas, e não apenas por uma única forma racional, proposta pela teoria liberal; precisamente essa multiplicidade de sentidos possíveis que uma dada cultura pode extrair do jogo democrático é o que caracteriza o pluralismo atual.⁴⁸⁴

A democracia moderna, portanto, incompatível com uma noção de bem comum substantivo, se afigura como um espaço de luta, o que requer cidadãos combatentes: “é somente a partir da participação dos indivíduos em uma determinada comunidade política que estes podem tem uma percepção do que seria o direito e a justiça”. O direito e a justiça só adquirem sentido através da prática social: “O conceito de justiça e o modo de estabelecimento do direito serão sempre políticos”.⁴⁸⁵ O que há, portanto, é um bem comum político, não um bem comum moral.

⁴⁸¹ Cf. MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo, pp. 16-17. É precisamente a compreensão da sociedade como uma associação civil (*societas*), e não como uma totalidade orgânica (*universitas*), o que permite que essa conflituosidade, decorrente da pluralidade de valores e interesses, se desenvolva de maneira mais ampla.

⁴⁸² MOUFFE, Chantal. Teoria política, direitos e democracia. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado, p. 387.

⁴⁸³ MOUFFE, Chantal. Teoria política, direitos e democracia. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado, p. 388.

⁴⁸⁴ Cf. MOUFFE, Chantal. Teoria política, direitos e democracia. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado, pp. 388-389.

⁴⁸⁵ Cf. KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado, p. 340.

3 O BOM E O JUSTO NOS REPUBLICANISMOS: O PAPEL DA EXCELÊNCIA HUMANA E A ÊNFASE NA PARTICIPAÇÃO

Diferentemente, por um lado, do liberalismo, que estabelece uma hierarquia *a priori* de valores (no caso a igualdade de liberdade ou de tratamento), sendo o justo aquilo que respeita *esses* valores, e, por outro, do comunitarismo, que considera mais importante o bem comum, enquanto algo que não poder ser reduzido a unidades individuais de fruição, e que é alcançado por metas coletivas de interesse geral, variáveis conforme a época e a cultura (sendo a liberdade e a igualdade apenas um valor entre outros), o republicanismo dá maior importância a determinadas condições institucionais que garantam a *liberdade* (porém não num sentido meramente negativo), bem como a determinados *valores cívicos* relacionados à *participação política*, que o cidadão deve portar consigo a fim de viver em liberdade.

Claro que variam as concepções que os vários republicanismos ostentam do que seja liberdade e do que seja participação. No republicanismo comunitarista, a própria participação é vista como uma dimensão do bem comum; ela não se restringe a um conjunto de ações separadas, senão que representa uma ação comum, coletiva, algo mais do que a simples soma de participações individuais; a liberdade, correlatamente, é tomada no sentido de autogoverno, de autonomia pública, que permite a realização de outros valores e interesses partilhados socialmente. No republicanismo liberal a participação é vista como um meio para a manutenção da liberdade; decerto que um meio fundamental, mas não o único; essa participação, na medida em que permite aos cidadãos não apenas discutir mas também contestar as pretensões políticas contrárias, visa impedir qualquer forma de repressão injusta à igual liberdade dos cidadãos, colocando-os em uma condição (ou *status*) em que não se acha dominado por outro (seja um outro cidadão, seja o Estado).⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ Ricardo Silva sintetiza: “A diferença consiste no fato de que enquanto a ‘versão forte’ do republicanismo sustenta que a relação entre participação política e liberdade é de natureza *intrínseca*, as ‘versões mais modestas’ comprometem-se apenas com a tese de que há uma relação de tipo *instrumental* entre uma coisa e outra. A participação política dos cidadãos no governo da comunidade é um meio – um meio fundamental, mas

Essa diferença na forma de concepção da participação e da liberdade supõe ou conduz a outras diferenças.

O republicanismo liberal reconhece maior importância ao pluralismo moral, tornando-se mais sensível à possibilidade de cada um determinar a maneira como conduzirá a própria vida – o que não significa que ignore questões atinentes aos interesses de todos; apenas não aceita uma separação rígida entre o que seja de interesse público e o que seja de interesse privado. Enquanto a proteção à liberdade em Pettit se dá segundo a concepção de não-dominação, em Mouffe ela é garantida pela perspectiva do poder como um espaço vazio, onde hegemonias transitórias podem ser constantemente desafiadas segundo as regras do jogo democrático, observado o consenso mínimo quanto a alguns princípios fundamentais, tais os inerentes à liberdade e à igualdade. A comunidade assume um conceito mais fraco: ela não é informada por um valor substantivo em si, senão que funciona como um *locus* de convívio (e de contestação de ideais políticos “antagônicos”) no âmbito do qual se manifestam as preocupações com os problemas e necessidades comuns.

A concepção de pessoa suposta pelo republicanismo liberal se isenta de boa parte das críticas do comunitarismo: embora se estruture em torno da idéia de liberdade e de igualdade, ela não ignora que se trate de alguém que nutra dadas virtudes, como a de ter consciência de que divide um espaço de vida comum com seus concidadãos e de que determinados valores e interesses devem ser definidos em conjunto, de maneira a assegurar a todos um regime de liberdade e igualdade (sem, porém, ignorar as diferenças).⁴⁸⁷ Decorre também uma dada concepção de Estado, que deve ser organizado de maneira a assegurar a liberdade e a igualdade, bem como a possibilidade de participação e discussão de valores e interesses sociais: a democracia aqui deve abrir espaço para o embate, no âmbito do qual os cidadãos, quer

não o único – de assegurar a liberdade dos cidadãos enquanto pessoas particulares.” (SILVA, Ricardo. Lei e liberdade no republicanismo de Skinner e Pettit, p. 165)

⁴⁸⁷ Tanto Pettit quanto Mouffe são sensíveis à questão do multiculturalismo. Cf.: PETTIT, Philip. *Republicanism*, p. 190 *et seq.*; MOUFFE, Chantal. Democracia em um mundo multipolar. Palestra proferida no auditório do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná-UFPr, 23 abr.2010.

diretamente, quer por seus representantes, devem ter a possibilidade de defender seus valores e interesses.⁴⁸⁸

O republicanismo comunitário dá importância especial aos bens morais, não apenas as relacionadas à participação política ativa (que constituem a identidade do “bom cidadão”), mas também ao cumprimento de outros deveres que o legislador tem possibilidades de impor (ser bom pai, bom funcionário público ou empregado privado, bom contribuinte, respeitar a cultura de seus ancestrais, etc.): esses bens derivam dos valores éticos partilhados no tempo e no espaço.⁴⁸⁹

Disso decorre uma dada concepção de pessoa, de caráter excelente (moralmente perfeccionista, patriótico), enquanto condição indispensável para o bom funcionamento da *res publica* e para um bom convívio social. Decorre também uma dada concepção de Estado que, em vez de ser neutro, não apenas deve estabelecer canais políticos de participação cidadã e fomentar o desenvolvimento de uma esfera pública onde a opinião pública tenha ocasião de se manifestar e de ser ouvida, como também pode valer-se do poder político para impor uma dada concepção de bem, em detrimento ou em preferência em relação às demais.⁴⁹⁰

Em despeito das diferenças, tanto os republicanismos mais próximos do comunitarismo como os mais próximos do liberalismo igualitário nutrem um compromisso muito forte com a igualdade material. Discorrendo indistintamente sobre o republicanismo, Walber de Moura Agra anota que ele “concede a cada um dos

⁴⁸⁸ Embora ambos defendam um tipo de democracia plural e contestatória (em vez de consensual), há uma especial diferença entre os modelos democráticos de Pettit e Mouffe: a primeira reconhece que as pessoas que participam do debate político movidos por pulsões na defesa de seus interesses próprios, e defende um modelo de democracia agonístico-deliberativo que aceite essa realidade; o segundo não ignora tal realidade, mas defende um modelo de democracia racional-deliberativo, que funcione como uma instância normativa dessa realidade, isto é, no sentido de cobrar dos participantes um resultado deliberativo defensável a luz da razão.

⁴⁸⁹ Os perfeccionistas (no caso do republicanismo comunitário de Sandel, se bem que talvez se possa estender a observação ao multiculturalismo de Taylor) diferem de liberais igualitários e republicanos liberais na medida em que defendem uma visão específica ou um leque de visões segundo as quais determinados valores devem ser desenvolvidos (KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 262). Isso pressupõe que os recursos sejam distribuídos de maneira que encoraje este desenvolvimento: as pessoas não são (totalmente) livres para escolher sua própria visão de boa vida e o Estado tem a responsabilidade de ensinar seus cidadãos a respeitar uma vida virtuosa (Ibidem, pp. 262/263).

⁴⁹⁰ Conforme anota Gargarella, para haver coerência com a idéia de autogoverno, o republicanismo comunitário exige que o Estado não assuma uma postura indiferente frente à esfera privada. “De fato, se for reconhecida a importância de os indivíduos intervirem ativamente na vida política de sua comunidade, então deve-se advertir que tal objetivo requer certas condições institucionais, mas também certas qualidades de caráter nos indivíduos.” (GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*, p. 142) Essa indiferença do liberalismo decorreria da ignorância dos vínculos que unem os indivíduos de uma mesma comunidade, por parte dos liberais (Ibidem, pp. 142/143).

membros da comunidade prerrogativas pertinentes a um mínimo de condições sociais, econômicas, culturais, para que se possa viver com dignidade e participar de forma livre da vida política.”⁴⁹¹ Parece realmente fazer parte de um núcleo comum entre os vários republicanismos a preocupação não apenas com a liberdade (como quer que se a conceba), mas também com a igualdade: “O cidadão tem liberdade para escolher seu destino, mas essa assertiva para se tornar realidade exige que a sociedade garanta condições básicas de saúde, educação, emprego, cultura para que ele possa efetivamente guiar sua conduta na consecução de seus objetivos.”⁴⁹² Isso não significa – conforme o próprio Agra adverte – que se trate de uma teoria (qualquer que seja o viés, comunitário ou liberal igualitário) cega às diferenças, baseadas em mérito, caráter, personalidade, etc.

⁴⁹¹ AGRA, Walber de Moura. Republicanismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89.

⁴⁹² AGRA, Walber de Moura. Republicanismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89.

PARTE II

O BOM E O JUSTO NA CONSTITUIÇÃO

Gustavo Zagrebelsky faz uma advertência prévia que poderia desestimular toda e qualquer tentativa de identificar a forma pela qual algumas categorias fundamentais da ética como a justiça e o bem se acham articuladas numa ordem positivada. Diz ele:

Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del "derecho positivo" con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas e creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en outro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso.

Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de 'cosa' misma (...).⁴⁹³

Essa afirmação tem o seu fundo de verdade. Não há dúvida de que ao se ocupar da justiça numa dada constituição é preciso saber que há uma *idéia* heterônoma acerca do que seja (ou possa ser) justiça, que lhe preside a interpretação e aplicação. Nesse sentido, especialmente o liberalismo igualitário e o comunitarismo situam-se antes no plano da filosofia moral ou política, e podem estar relacionados apenas com um dado tipo de “leitura ética” sobre como deve ser governada a sociedade.

Mas não deixa de ser verdade também que contemporaneamente essa *idéia* que deve governar a sociedade acaba se fazendo representar por alguma forma no plano da realidade – e o Direito vigente em cada sociedade é parte dessa realidade. De maneira que essas “leituras” acabam encontrando suporte nos textos jurídicos

⁴⁹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 9.

positivados, inclusive e notadamente no texto constitucional.⁴⁹⁴ É nas constituições que se acham expressas as opções fundamentais de uma sociedade – em termos jurídicos, políticos e morais.

⁴⁹⁴ “La cuestión de los presupuestos filosóficos de la Constitución es obviamente importante, porque ellos quedan traducidos inmediatamente en la adopción de instituciones de un cierto tipo. Así, es dable esperar que cuanto más confianza se tenga en la capacidad de los individuos para escoger su propio plan de vida, más espacio tendrán los derechos individuales, y menos las políticas de imposición religiosa o perfeccionistas. Del mismo modo, y por ejemplo, cuanta más desconfianza se tenga en las disposiciones y habilidades de la ciudadanía para actuar colectivamente, mayores tienden a ser las posibilidades de que se adopten instituciones contra-mayoritarias, o que se limiten las facultades de los órganos representativos.” (GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: CEPAL/Asdi, 2009, p. 13).

IV. O BOM E O JUSTO NA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA

As perspectivas liberais igualitárias, comunitárias e republicanas passam a formar o substrato (ou pelo menos uma parte do substrato) que compõe o capítulo final de um movimento jurídico-político mais amplo que vem se desenvolvendo desde o século XVII: o *constitucionalismo*.⁴⁹⁵ Revigorado, esse movimento veio a lume trazendo consigo não apenas a intenção de impor limites ao poder, mas também o anseio por uma ampliação de sua legitimidade mediante a defesa de um regime político *democrático*. Daí que o chamem contemporaneamente de *constitucionalismo democrático*.⁴⁹⁶

Conforme anota Daniel Sarmiento, esse constitucionalismo democrático contemporâneo – por alguns chamado de “neoconstitucionalismo” ou “novo constitucionalismo” – surgiu quando em meados do século XX (pós-guerra) as constituições dos Estados europeus, impregnadas de valores ético-políticos, ganham supremacia jurídica e maior normatividade (o que já ocorria nos Estados Unidos pelo menos desde o século XVIII).⁴⁹⁷ A inserção nelas de um forte conteúdo axiológico, através das normas principiológicas, abriu as portas do Direito para o debate moral, se bem que um dos principais debates – justamente aquele travado entre jusnaturalistas e juspositivistas – tenha perdido bastante de seu sentido na medida em que os princípios

⁴⁹⁵ O vocábulo *constitucionalismo* é expressão bastante ampla que comporta uma grande variação de sentidos, mas que está associada de maneira geral à limitação do governo por uma constituição. De igual maneira, o vocábulo *constituição* também expressa uma grande variedade de sentidos, mas possui um conteúdo mínimo que a relaciona ao conjunto de normas que organiza o poder político estatal e prescreve os limites de sua ação em relação aos indivíduos. Isso não significa que o constitucionalismo exija necessariamente uma constituição escrita, muito menos uma constituição rígida. Cf. NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 13/14.

⁴⁹⁶ Segundo Nino, a *democracia* é uma das três dimensões de um constitucionalismo rígido (ao lado dos *direitos* e da *Constituição histórica*). Cf. NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, p. 19 *et seq.*

⁴⁹⁷ Sobre os vários neoconstitucionalismos cf.: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 113-146; BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, pp. 309-345 e especialmente a coletânea de artigos em CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

éticos inseridos nas constituições se tornaram desde então juridicamente positivados.⁴⁹⁸

Mas uma questão que ainda permanece em aberto é como relacionar o direito ou os direitos com os vários valores plurais referidos ao bom, que se acham vertidos no texto constitucional: nesse vasto horizonte, o constitucionalismo democrático pode abranger tanto perspectivas comunitárias como liberais igualitárias ou republicanas.⁴⁹⁹

1 CONSTITUCIONALISMO, ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

Para apreensão dessa articulação entre o bom e o justo nas constituições democráticas, instituições como *Constituição, Estado de Direito e Democracia* assumem importância decisiva. O significado destas instituições – a *idéia* que elas representam – deve em princípio ser captado a partir de sua evolução histórica; ele não escapa de ser variado e, em alguma medida, também pressuposto. Não é o caso de aqui se perder nesse tipo de digressão, mas – na medida em que estas instituições surgem historicamente vinculando-se a dadas teorias – uma consideração mínima sobre elas não pode ser totalmente ignorada.

A idéia de Estado de Direito – surgido contra o pano de fundo dos Estados de soberania “absoluta” e “ilimitada” – ocupa um papel central nas teorias jurídica e política moderna e seu sentido tem-se desenvolvido paralela e articuladamente com as de constituição e democracia.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ Cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, pp. 120-121.

⁴⁹⁹ Cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, p. 122.

⁵⁰⁰ Os Estados de soberania “absoluta” e “ilimitada” aqui referidos são aqueles que marcaram o Antigo Regime, abrangendo tanto o Estado patrimonial (em que o Estado é considerado um bem patrimonial do príncipe) como o Estado de Polícia (em que o príncipe assume o papel de primeiro funcionário, incumbido de prover o bem e a felicidade de seus súditos). Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra, 1987, p. 27. Na verdade, porém, esse caráter “absoluto” e “ilimitado” é apenas simbólico. Conforme observa Pietro Costa, tais características são afirmadas tão somente para reiterar a originariedade do poder soberano: “Longe de dispor de um poder absoluto, o soberano ‘absolutista’ pode contar com um poder muito limitado, sendo obrigado a levar em consideração as estruturas normativas, as estruturas institucionais, os *iura et privilegia* [direitos e privilégios] de corpos e cidades ainda largamente independentes que o enfrentam, o condicionam e o vinculam.” (COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.); SANTORO, Emílio (Col.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Datoli. São Paulo:

Os processos de sua formação (os principais referenciais aqui são o Reino Unido, os Estados Unidos, a França e a Alemanha) tiveram obviamente os seus matizes próprios, mas em todos se verifica um substrato comum: a substituição do *arbítrio*, da *imprevisibilidade* e do “*privilégio*” (da junção de *leges*, leis, com *privatae*, privadas), pela *segurança*, pela *liberdade individual* e pela *igualdade* ou “*isonomia*” (da junção de *iso*, igual, com *nomos*, norma), no âmbito de um programa de racionalização do poder político estatal em favor de alguns direitos e interesses particulares.⁵⁰¹

1.1 O constitucionalismo liberal: da revolução jusnaturalista à manutenção do *status quo*

O Estado de Direito se afirma de início como um ideal marcadamente liberal.⁵⁰² Conforme anota Jorge Reis Novais, a falta de previsibilidade e de segurança

Martins Fontes, 2006, p. 102). Na mesma esteira de uma provocação que Costa faz – quando afirma que “o Estado ‘absoluto’ é o mais bem sucedido Estado de Direito” –, afirma Luis Legaz y Lacambra, na esteira de Johann Kaspar Bluntschli, “*que el Estado feudal era también un Estado de Derecho, puesto que un entresijo de derechos subjetivos y privilegios de variada índole impedía a veces toda acción política, toda intervención personal del Monarca.*” (LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *El Estado de Derecho*. Revista de Administración Pública-RAP, n. 6, pp. 13-34, mar.1951, p. 14)

⁵⁰¹ José Joaquim Gomes Canotilho salienta estas duas dimensões do “Estado como *comunidade jurídica organizada*: (1) o Estado é um esquema aceitável de *racionalização* institucional das sociedades modernas; (2) o Estado constitucional é uma *tecnologia política de equilíbrio político-social* através da qual se combatem estes dois ‘arbítrios’ ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia *absolutista* do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedida, 2003, p. 90) Sobre as peculiaridades de cada contexto histórico em que o ideal do Estado de Direito se desenvolve, cf. COSTA, Pietro. O Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.); SANTORO, Emílio (Col.). *O Estado de Direito*, pp. 95-198.

⁵⁰² Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 22. O berço de seu nascimento foi a Inglaterra do século XVII, onde houve, no entanto, primeiro um lampejo republicano (mais próximo talvez do liberalismo, é verdade), que encontra em *The Commonwealth of Oceana* (1656), de James Harrington, o seu principal marco teórico. “*En efectō*” – anota Maurizio Fioravanti –, “*para Harrington no existe ninguna república si no existe una equitativa y razonable distribución de los bienes. La primera ley fundamental de la república es por ello la agraria, que crea el equilibrio social del que depende la república, limitando el valor de las tierras que cada uno puede poseer y creando las condiciones para que el mayor número posible de individuos pueda acceder a una propiedad, aunque pequeña. La segunda ley fundamental es la electoral, que permite ordenar el vasto pueblo de individuos propietarios, de forma que se construya una república estable y moderada, en la que se tiene un Senado donde se es elector y elegible con una renta superior a las cien libras esterlinas, y una Cámara en la que todos os propietarios son electores y elegibles, y de la que solo son excluidos los asalariados, los pobres, los mendigos.*” (FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007, pp. 87/88). Harrington postulava, portanto, uma forma de governo misto que procurava equilibrar aristocracia (representada no Senado) e povo (representada na Câmara), através do princípio da *civile equalitá*: “*La república poseía en sí la tendencia a nivelar, a relacionar, a dar proporción, de manera que armonizaba las diferencias hasta impedir la formación de riquezas exageradas y, así, de aristocracias demasiado distantes – en la cultura y en estilo de vida – de la mayoría de los ciudadanos.*” (Ibidem, p. 89)

da burguesia ante a contingência de qualquer interferência arbitrária do poder coercitivo soberano dos príncipes esclarecidos conduziu a reações contra o Estado de Polícia:

Ainda que [se] beneficiando da política econômica mercantilista, a burguesia, afastada dos lugares do governo, necessitava de erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder ou, pelo menos, de domesticar uma Administração cujas providências concretas, individuais, e logo potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades dos agentes econômicos requeridas por um pleno desenvolvimento das bases econômicas em que se assentava o emergente poder burguês.⁵⁰³

A liberdade desponta justamente como a esfera privada protegida contra a coerção arbitrária – conforme observou Friedrich August von Hayek em obra clássica sobre o tema. Para por cobro à *coerção entre indivíduos*, exigia-se principalmente o reconhecimento e a dispersão da propriedade privada; a liberdade contratual também assumia algum relevo. Quanto à ameaça de *coerção do Estado sobre os indivíduos* – inexorável e em boa medida necessária –, para ser legítima era preciso que ela se submetesse às exigências da legalidade.⁵⁰⁴

As doutrinas do contrato social – especialmente na concepção lockeana – tornaram-se um importante componente teórico para os revolucionários de então.⁵⁰⁵ Para Locke, mesmo o estado de natureza já conferia aos homens condições de possuir direitos, notadamente o de propriedade (nem que fosse apenas a propriedade do próprio corpo); o que faltava era apenas um *estatuto normativo* que protegesse e aperfeiçoasse essa condição, conforme assinala Maurizio Fioravanti:

Locke consideraba los hombres en el estado de naturaleza ya razonablemente capaces de instituir la property, es decir, una condición en la que cada uno de ellos podía ya decirse relativamente seguro de su propia persona y de sus propios bienes. A los hombres les faltaba sin embargo lo que Locke llamaba una standing rule, una regla fija y consolidada, capaz de asegurar en el tiempo la property ya adquirida en

⁵⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito, p. 33.

⁵⁰⁴ Cf. HAYEK, Friedrich August von. Os Fundamentos da Liberdade. Introdução e supervisão de Henry Maksoud. Tradução de Anna Marica Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Visão, 1983, p. 146 *et seq.* Friedrich Hayek, um liberal clássico, define *liberdade* justamente como *ausência de coerção*, e *coerção* como a possibilidade de um indivíduo por outro ao serviço de sua vontade e de seus fins: “Embora o coagido possa escolher, as alternativas são-lhe impostas pelo coator de modo que ele escolha o que este pretende.” (HAYEK, Friedrich August von. Os Fundamentos da Liberdade, p. 146)

⁵⁰⁵ Cf. STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49 *et seq.*

el estado de naturaleza. Por esto, los hombres deciden salir del estado de naturaleza e instituir la sociedad política. En ella esos hombres veían esencialmente un instrumento de perfeccionamiento de la condición, ya existente, que permitía poner a servicio de la misma property, de sus derechos, algunas instituciones políticas que como tales habrían podido establecerse en el estado de naturaleza: un legislador y una ley capaz de representar la "medida común" (...), un juez "cierto e imparcial con el que siempre se puede contar para la aplicación de la ley, y un poder ulterior, el ejecutivo, que tenga en sí de manera incontestable la fuerza necesaria para hacer cumplir las sentencias."⁵⁰⁶

A idéia de direitos pré-políticos inerentes à liberdade surgiu assim como um limite natural à soberania.⁵⁰⁷ A sua *fundamentalidade* residia justamente em se considerar que eles precediam – ou fundavam, *fundamentavam* – o poder. A lei passou a ser concebida como instrumento capaz de proteger tais direitos contra as ordens coercitivas da administração régia, delimitando ou prescrevendo a forma de ação estatal; sua supremacia decorria de ela emanar de um poder soberano, (em alguma medida) *representado pela vontade popular*, com a pretensão de exercer uma *função reguladora com efeitos gerais e abstratos*.⁵⁰⁸ A *generalidade* dirigia os efeitos das leis

⁵⁰⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*, pp. 91/92. Locke textualmente afirma: “Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro. Isso faz com que ele deseje abandonar esta condição, que, embora livre, está repleta de medos e perigos contínuos; e não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planejam se unir, visando a salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade. Por isso, o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade. O estado de natureza é carente de muitas condições. Em primeiro lugar, ele carece de uma lei estabelecida, fixada, conhecida, aceita e reconhecida pelo consentimento geral, para ser o padrão do certo e do errado e também a medida comum para decidir todas as controvérsias entre os homens. (...). Em segundo lugar, falta no estado de natureza um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para dirimir todas as diferenças segundo a lei estabelecida. (...). Em terceiro lugar, no estado de natureza freqüentemente falta poder para apoiar e manter a sentença quando ela é justa, assim como para impor sua devida execução.” (LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Introdução de J. W. GOUGH. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2001, pp. 157-158)

⁵⁰⁷ Cf.: HAYEK, Friedrich August von. Os Fundamentos da Liberdade, p. 197; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*, p. 77; NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito, p. 71.

⁵⁰⁸ Essa supremacia da lei conheceu variações de significado. Na Alemanha, por exemplo, diante do dualismo entre o princípio monárquico e o princípio representativo, ela decorria de um acordo entre os dois órgãos exercentes de uma soberania dividida, a saber, o rei e a assembléia (dualismo constitucional): aqui a lei geral e abstrata, legitimada pela vontade popular, *delimitava* a função administrativa, o que significava que a Administração estatal podia fazer tudo o que a lei não proibisse; a ausência de proibição legal trazia implícita uma autorização para agir. Já na França, a supremacia da lei decorria da soberania nacional, representada unicamente na assembléia legislativa (monismo constitucional): aqui a lei geral e abstrata, expressão da vontade popular, *predeterminava* a função administrativa, o que significava que a Administração estatal somente podia

indiscriminadamente a todos os seus destinatários; era garantia de imparcialidade do Estado frente aos indivíduos (pelo tratamento igualitário ou isonômico que dispensava a todos), funcionando como um mecanismo contra os privilégios que marcavam o Antigo Regime. A *abstratividade* representava a pretensão de durabilidade das leis, cujas prescrições, formuladas em termos claros para valer indefinidamente, traziam maior estabilidade ao ordenamento jurídico e, destarte, maior certeza e previsibilidade ou, numa palavra, maior segurança.⁵⁰⁹ A limitação do poder “absoluto” e o aperfeiçoamento da sociedade política como instrumento de defesa da liberdade exigia ainda separação de poderes e representação popular democrática: o Poder Executivo do monarca se achava limitado pelo Poder Legislativo, enquanto o Poder Legislativo se achava limitado pelos postulados do direito natural. Eis como se dava a conciliação da idéia de *soberania popular* com a idéia-limite de *liberdade moderna*, com a pretensão de instituir não um (Estado com) governo absoluto, mas um (Estado com) governo moderado.

Em síntese, e em linhas gerais, foram características do projeto liberal de *Estado de Direito*: (i) o reconhecimento de direitos fundamentais; (ii) a separação dos poderes; (iii) a adoção de um sistema democrático representativo; e (iv) a supremacia da lei (princípio da legalidade ou reserva de lei) frente à Administração Pública estatal.

Esse primeiro estágio do Estado de Direito revelava um *constitucionalismo* débil e uma *democracia* limitada. A debilidade constitucional decorria da idéia fraca de constituição: as constituições dessa época não tinham força normativa vinculante; na verdade, mal tinham força normativa (tinham-na apenas no sentido de evitar o retorno ao *status quo ante*, absolutista); eram flexíveis, suscetíveis de mudança pela via legislativa; precisamente essa hegemonia da lei é que autoriza chamar o Estado

fazer o que a lei previamente a autorizasse; a ausência de autorização legal para agir trazia implícita uma proibição. O ponto comum entre ambos os sistemas constitucionais era o de que de qualquer modo a liberdade e a propriedade eram objeto de reserva legal. Ambas as formulações da supremacia da lei visavam, portanto, alcançar um mesmo fim: equacionar o interesse público com os direitos e interesses privados, pondo cobro aos privilégios a bem da imparcialidade no tratamento dos indivíduos, graças aos predicados da generalidade e abstração. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, pp. 27/29.

⁵⁰⁹ Cf.: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 29; HAYEK, Friedrich August von. Os Fundamentos da Liberdade, p. 251 *et seq.*; NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito, p. 36; e CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista. 2 ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 6 e pp. 11-12. Sobre outras características não menos importantes da lei, como a publicidade, a prospectividade, a imutabilidade e a clareza, cf. HAYEK, Friedrich August von. Os Fundamentos da Liberdade, p. 251 *et seq.* e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 258 *et seq.*

Liberal de Direito de “Estado Legislativo de Direito”, ou “Estado Legal de Direito.”⁵¹⁰ Isso, em princípio, não configurava nenhuma ameaça em vista da representação democrática limitada: a manutenção de um governo da razão, isento dos perigos de um governo populista, era assegurada pela adoção da técnica do sufrágio restrito, a partir de uma idéia de cidadão bastante restrita e homogênea (cidadão era apenas o *homem branco burguês*).⁵¹¹

Essa debilidade do *constitucionalismo liberal* conduziu o Estado de Direito a duas dificuldades inter-relacionadas. Por um lado, o Estado de Direito veio a sofrer gradativamente a perda de uma instância moral crítica, ante a corrosão das doutrinas do direito natural e o desenvolvimento das doutrinas do direito positivo. Conforme observa Luís Roberto Barroso, depois de sua inclusão generalizada nas leis positivas, os direitos naturais já não traziam mais a revolução, mas o conservadorismo: “Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positiva do século XIX.”⁵¹² Não apenas o fundamento jusnaturalista de legitimidade (ou justiça) e de validade do Direito desaparece; desaparece a própria pluralidade de fontes; só o Direito posto pelo Estado (detentor do monopólio da produção jurídica) através da lei passa a ser Direito; Direito e lei tornam-se uma e a mesma coisa; segundo Luigi Ferrajoli, desde então “*una norma jurídica es válida no por se justa, sino exclusivamente por haber sido ‘puesta’ por una*

⁵¹⁰ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 33; NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito, p. 111 *et seq.*; FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 15 e CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade, p. 14. Sobre o sentido de “constitucionalismo débil”, aqui utilizado, cf.: COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 76/77 e NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, pp. 16/17.

⁵¹¹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 31. Por evidente que essa idéia de representação popular, embora consistisse em considerável avanço em relação ao contexto da época, quase sequer poderia ser considerada “democrática” hodiernamente. É preciso tem sempre em conta a advertência de Norberto Bobbio: “Estabelecer o número dos que têm direito ao voto a partir do qual pode-se começar a falar de regime democrático é algo que não pode ser feito em linha de princípio, isto é, sem a consideração das circunstâncias históricas e sem um juízo comparativo: pode-se dizer apenas que uma sociedade na qual os que têm direito ao voto são os cidadãos masculinos maiores de idade é mais democrática do que aquela na qual votam apenas os proprietários e é menos democrática do que aquela em que têm direito ao voto também as mulheres” (BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra Editora, 2002, p. 31)

⁵¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 323/324. Cf. também LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social brasileiro*. In: FARIA, José Eduardo (Org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 121.

autoridad dotada de competencia normativa.”⁵¹³ Por outro lado, a substituição do arbítrio do monarca deu lugar ao arbítrio do parlamento: “*Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo.*”⁵¹⁴ A lei deixa de ser mecanismo de limitação do poder e passa a ser mecanismo de ação do poder, e onde o poder põe limites a si mesmo (auto-limitação) não há na prática limite nenhum.⁵¹⁵

Foi a porta aberta para que o Estado de Direito perdesse sua dimensão substantiva e desenvolvesse tão somente uma dimensão formal, transformando-se mais tarde de Estado de Direito em Estado de Força, cujo apogeu marcou as experiências totalitárias da primeira metade do século XX.⁵¹⁶

1.2 O constitucionalismo social e a ampliação democrática

A debilidade do constitucionalismo liberal foi posta em maior evidência com a crescente ampliação democrática, que introduziu no Estado a preocupação com o *social*.⁵¹⁷ Ainda no século XIX, graças à força dos movimentos trabalhadores, ocorre uma ampliação da noção de cidadania, resgatando-se a idéia de igualdade jurídica, em vez da propriedade dos meios de produção, como alicerce dos direitos fundamentais, o que implicou na ampliação do direito de sufrágio (ativo e passivo). Com ocupação dos

⁵¹³ Essa transposição do governo limitado pela lei e do governo exercido através da lei (qualquer que seja o seu conteúdo) corresponde à distinção apresentada por Sérgio Cademartori e Luigi Ferrajoli, entre governo *sub lege* e governo *per leges*. Cf. CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade, pp. 6-12; FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 789-791.

⁵¹⁴ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 31. Zagrebelsky observa que, não obstante, ante a possibilidade de insurgência de grupos marginalizados, as constituições flexíveis permitiam intervenções de exceção (estado de sítio, intervenção militar, leis excepcionais, etc.) a fim de restaurar a ordem e manter a unidade e homogeneidade substancial do regime liberal burguês. (Ibidem, p. 33).

⁵¹⁵ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 48. Há ainda uma outra marca importante da Teoria do Estado desse período, que merece ser citada ainda que para mero efeito de registro: o fenômeno da *personalização jurídica do Estado*. Esses, portanto, as características do Estado desse período: o monopólio estatal da produção jurídica, a positividade do direito, e personalização jurídica do Estado. Cf.: BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Lua Nova, São Paulo, n. 61, pp. 5-24, 2004, p. 6; e NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito, p. 34.

⁵¹⁶ Segundo Costa, dentre duas das principais experiências totalitárias – a nazista e a facista – a primeira implica em renegar a fórmula do Estado de Direito, enquanto a segunda o coloca em um segundo plano. Cf. COSTA, Pietro. O Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.); SANTORO, Emílio (Col.). O Estado de Direito, pp. 173-184.

⁵¹⁷ Essa preocupação com a desigualdade social determinou uma profunda cisão entre o *liberalismo clássico radical* (ou libertarianismo), à moda de Hayek e Nozick, por exemplo, e o *liberalismo social*, inerente ao pensamento igualitário de Rawls e Dworkin, que, nesse quesito, se aproxima do comunitarismo e dos republicanismos.

parlamentos por representantes dos vários grupos sociais (inclusive e notadamente do proletariado), a lei, enquanto mecanismo de separação e equilíbrio entre liberdade e autoridade, entra em crise, enfraquecendo-se dela suas principais características. De um lado, a crescente mutação e complexidade sociais tornam as leis um produto de ocasião, adequadas apenas para um dado momento e fadadas a perder rapidamente seu sentido ou a ser substituídas na medida em que as necessidades sociais cessem ou se transformem (crise de abstração). De outro, a representação parlamentar de diversos grupos sociais conduz a tratamentos normativos específicos, seja como consequência de uma releitura do princípio da igualdade (que exige que cada situação diferente seja tratada diferentemente, de acordo com suas particularidades), seja em razão da pressão por grupos de interesse sobre o legislador (crise de generalidade).⁵¹⁸

Não obstante, surgem – ainda no plano legislativo – direitos sociais cuja realização passa a demandar uma crescente intervenção da organização estatal, já então fortemente aparelhada, restabelecendo-se o princípio da autonomia funcional da Administração ao atribuir a ela a “execução” de leis que trazem em si uma meta coletiva ou uma finalidade pública a alcançar, para isso outorgando certos poderes administrativos, ainda que implícitos.⁵¹⁹ Amplia-se, com isso, a margem de *discrecionariade administrativa*, competindo não mais à lei, mas à própria Administração estabelecer a linha de separação e equilíbrio entre a (sua) autoridade e a liberdade.⁵²⁰ A lei perde, por fim, a condição de única fonte do Direito, dando lugar ao pluralismo jurídico – não apenas por concorrer nessa produção com outras pessoas de direito público (Estados-membros federados, regiões autônomas, Municípios,

⁵¹⁸ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 37. Zagrebelsky menciona ainda a “contratualização” da lei: sendo ela o produto de um processo político de que participam e no qual se confrontam forças sociais plurais distintas (oficialmente através de parlamentares e partidos políticos representativos de dados segmentos, e extra-oficialmente através de grupos de interesse ou pressão), prevalece a negociação dos conteúdos normativos possíveis, em que *maiorias de ocasião* têm sempre melhores condições de barganha. Esta ocasionalidade é justamente o oposto da generalidade e da abstração inerentes à lei em sentido clássico. (Idem)

⁵¹⁹ “*En estos supuestos*” – observa Zagrebelsky – “*no podría hablarse, salvo a costa de un malentendido, de mera ejecución de la ley. En presencia de objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interesse público.*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 35).

⁵²⁰ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 35.

autarquias), mas também com pessoas de direito privado (sindicados de categorias profissionais).⁵²¹

Os direitos fundamentais passam a ser assim considerados (isto é, como *fundamentais*) não porque *fundam* ou *fundamentam* o Estado e os poderes estatais, mas porque passam cada vez mais a ser vistos como *essenciais* ao pleno desenvolvimento da pessoa.

1.3 O Estado Constitucional e as sínteses possíveis

É nesse contexto que surge na Europa do século XX o Estado Constitucional, com clara influência do constitucionalismo norte-americano – pelo menos nos seus aspectos gerais, ainda que diferente dele no particular.

Nos Estados Unidos, a idéia de constituição veio a lume justamente como instrumento de limitação do governo e das leis do parlamento. Os americanos levaram a *fundamentalidade* dos direitos (no sentido de serem pré-políticos) muito mais a sério do que o fizeram os britânicos e os europeus continentais, nomeadamente os franceses e os alemães. Os direitos fundamentais antecederam tanto a constituição como o Estado: formavam um patrimônio subjetivo independente, constituindo os indivíduos em sujeitos ativos soberanos, que delegavam, pela constituição, o exercício do governo a seus representantes. Assim, a lei era vista como uma derivação do exercício dos direitos, e não como uma força originária que emana do poder soberano (seja o monarca, um corpo que personifica a nação ou uma assembléia popular). Os americanos nutriam certa desconfiança com relação à lei: se na Europa (na França especialmente) da lei se esperava sempre algo de bom, nos Estados Unidos ela era vista como um mal em potencial, que tinha que ser neutralizado. “*La balanced constitution era el instrumento para frenar la natural ambición personal de los legisladores y crear un sistema de gobierno ‘republicano’ (no ‘democrático’), favorable para el mantenimiento de los derechos mediante un sistema de checks and balances.*”⁵²² O fortalecimento do Poder Judiciário e das técnicas de controle de

⁵²¹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, pp. 37-39.

⁵²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 57.

constitucionalidade se desenvolvimento em boa parte justamente como forma de proteger os direitos fundamentais dos abusos do parlamento e do Poder Executivo. Daí as características do constitucionalismo liberal americano: o reconhecimento da força normativa da constituição; sua supremacia formal e material em relação às leis; e a criação de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, bem como o acesso amplo ao Poder Judiciário para o asseguramento dos direitos individuais.⁵²³

A Europa do século XX, contudo, obtemperou o constitucionalismo liberal americano com traços de sua tradição constitucional social-democrática.⁵²⁴ Tanto a lei (enquanto produto político derivado do regime democrático) como os direitos (enquanto esfera de proteção contra o poder inerente estatal) possuem igual dignidade constitucional: os *direitos* somente adquirem valor jurídico depois de positivados na constituição, que de resto institui também o *Poder Legislativo*. Assim como há uma série de direitos que independem de um comportamento ativo do Estado para sua satisfação, existe também no âmbito político um campo próprio para a atuação da legislação que não depende dos direitos individuais (o Estado age através de lei, exercendo poderes ontologicamente próprios, não derivados da delegação dos indivíduos).⁵²⁵ E há ainda um campo de intersecção: como ordem democrática, o

⁵²³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, pp. 55-58. Sobre o constitucionalismo norte-americano, Canotilho de seu turno anota: “O Estado Constitucional arranca, desde logo, do direito do povo fazer uma lei superior (*higher lawmaking*), ou seja, uma constituição onde se estabelecessem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites. Dentro destes esquemas constitucionais essenciais incluem-se os direitos e liberdades dos cidadãos (*rights and liberties of citizenship*) juridicamente gerados na república e, por conseguinte, inerentes à *higher law* publicamente plasmada por escrito na constituição. Em segundo lugar, o Estado constitucional associa a *juridicidade do poder à justificação (justifying) do governo*. Não basta uma qualquer invocação de representação e, muito menos, um iluminismo qualquer de um qualquer monarca esclarecido. As *razões de governo* devem ser *razões públicas* que tornem patente o *consentimento* do povo em ser governado em determinadas condições. Desde logo, o governo é sempre um governo subordinado às leis (*government under law*), entendidas estas como um esquema regulativo consistente e coerente formado por um conjunto unificado de princípios de justiça e de direito.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 94).

⁵²⁴ Eneida Desiree Salgado, apoiada nas lições de Fioravanti, sintetiza a relação entre os elementos teóricos inerentes aos modelos de Constituição que derivaram da Revolução francesa, da Revolução americana e da Europa continental já desde o século XIX: “Enquanto na primeira pensava-se a liberdade por uma doutrina individualista, estatalista e anti-historicista, na segunda a doutrina combinava elementos individualistas, historicistas e antiestatalistas. O Estado de Direito, pensado a partir do século XIX, afasta o elemento individualista, com a combinação de estatalismo e historicismo.” (SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná-UFPR, 2010, mimeo, p. 15)

⁵²⁵ “No cabe decir que la ley se admita sólo en función de los derechos individuales, porque puede estar legítimamente animada por intereses públicos que no sean simplemente la traducción legislativa de los derechos individuales. En algunos casos, y de modo particularmente acusado en las Constituciones que contienen normas programáticas o Staatszielbestimmungen, la persecución de estos objetivos incluso viene impuesta constitucionalmente.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 59) *Staatszielbestimmungen* é a

Estado é também expressão de uma ordem de direitos políticos, intrinsecamente distintos dos que orientam a satisfação de direitos individuais; “*Estos derechos sirven para mover a la participación de los ciudadanos en la común determinación de la dirección política de la vida colectiva, y no son simplemente expresión de derechos en la dimensión individual.*”⁵²⁶ De maneira que as constituições europeias contemporâneas se aproximam da versão americana no reconhecimento de direitos como patrimônio subjetivo individual, com o conseqüente reconhecimento da possibilidade de o Poder Judiciário *atualizar* (no sentido de avançar da potencialidade à concretude) esse patrimônio; mas mantêm a característica própria do reconhecimento do papel da lei e da participação popular como instrumentos de realização de projetos políticos e jurídicos objetivos, do que resulta certo equilíbrio de poder entre juízes e legisladores.⁵²⁷

Assim, o novo constitucionalismo engendrado na Europa continental – e que, juntamente com o constitucionalismo americano, contribuiu para influenciar o constitucionalismo latinoamericano pós-autoritário, inclusive o constitucionalismo brasileiro de 1988 – procura conciliar um valor liberal (Estado de Direito, relacionado à garantia de direitos fundamentais) com a democracia (Estado Democrático, relacionado à legitimação da ordem jurídica estatal) para formar um Estado Constitucional Democrático de Direito, que reclama normas *rígidas* superiores que organizam o poder e determinam fundamentalmente pautas formais e substantivas para as leis reguladoras da sociedade.⁵²⁸ Disso deriva uma constituição democrática liberal que procura combinar dois ideais que costumam opor-se um ao outro: de um lado, o ideal de um processo político democrático no qual as pessoas têm condições de participar por alguma forma da decisão estatal (dimensão social-democrática); de outro, o ideal de um governo limitado que assegure uma esfera de inviolabilidade

expressão alemã que indica os “preceitos definidores dos fins do Estado”, “princípios directivos fundamentais”, ou “normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas” do Estado. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 173.

⁵²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 59. Zagrebelsky entrevê nesta diferenciação dos direitos a articulação dos conceitos de liberdade negativa, enquanto esfera de inviolabilidade ou de defesa contra o Estado, e de liberdade positiva (enquanto possibilidade de participar da definição política da direção do Estado e de suas funções. (Idem)

⁵²⁷ Cf.: NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, pp. 19-20; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, pp. 58-60.

⁵²⁸ Cf.: NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, pp. 18/19; e ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 40.

individual contra a vontade da maioria (dimensão liberal).⁵²⁹ A perspectiva comunitarista se aproxima mais do primeiro; o liberalismo igualitário, mais do segundo (embora não se confunda com a perspectiva liberal clássica); o republicanismo pode estar mais próximo de um ou outro, conforme concentre sua atenção mais nas “virtudes político-civis”, como as que exigem a participação dos cidadãos no autogoverno (o que exige uma dada concepção de pessoa, mais próxima do comunitarismo), ou nas “virtudes político-institucionais”, que exigem dadas condições políticas e econômicas que assegurem a liberdade e afastem a tirania e o arbítrio (o que exige uma dada concepção de organização sócio-política, mais próxima do liberalismo igualitário).

2 O DIREITO E A POLÍTICA, A JUSTIÇA E O BEM

A articulação do bom e do justo no seio do constitucionalismo democrático apela ainda para algumas outras categorias secundárias – ou *conceitos deônticos*, no dizer de Robert Alexy.⁵³⁰

Esses conceitos ou categorias relacionam-se com o papel normativo e político das constituições e desempenham função fundamental para compreensão da articulação do bom e do justo.

2.1 Direitos e interesses como categorias fundamentais do individualismo moderno

⁵²⁹ Cf. NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, pp. 18/19; e COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 76/77. Segundo Nino, *constitucionalismo e democracia* combinam-se para formar um sistema de governo conhecido pelo nome de democracia constitucional (ou democracia liberal), mas a conjugação dessas duas categorias não é simples: elas têm uma capacidade de articulação tal que a expansão de uma amíde implica no encolhimento da outra. Cf. NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, pp. 13/14. Segundo Legaz y Lacambra, seguindo lições de Friederich Darmstaedter, essa articulação visa restabelecer o equilíbrio entre os dois aspectos inerentes ao Estado de Direito: o princípio de autoridade ou de ordem, de um lado, e o princípio de defesa ou de liberdade, de outro. Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *El Estado de Derecho*, pp. 16/17.

⁵³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 145/146.

Albert Otto Hirschman observa como, a partir da Renascença e especialmente no início da Modernidade, se passa da busca da honra e da glória para busca de vantagens pessoais (em especial pelo exercício do comércio demais formas de ganhar dinheiro) como critério de avaliação das ações humanas. E essa mudança não se deu através do desenvolvimento de uma nova ética, mas como decorrência do desenvolvimento da própria teoria do Estado. Desde Maquiavel, passando por Hobbes, Locke, Hume, Montesquieu, Rousseau, Smith (além de Giambattista Vico, Bernard Mandevill, Baruch Spinoza, Francis Bacon, entre outros), o estudo da natureza humana entra na pauta das considerações sobre o bom governo.⁵³¹

A insistência preponderante em olhar o homem “como ele realmente é” tem uma explicação simples. Um sentimento brotou durante a Renascença e tornou-se firme convicção durante o século XVII: que a filosofia moral e o preceito religioso não mais bastavam para controlar as paixões destrutivas dos homens. Havia que se encontrar novas maneiras de fazê-lo e essa busca começou logicamente com uma dissecação pormenorizada e sem preconceito da natureza humana.⁵³²

Pelo menos três estratégias foram identificadas. A primeira, mais óbvia, de reprimir desejos e paixões humanas através da coerção estatal (Maquiavel). A segunda – que se afigura um meio termo entre a primeira e a terceira – seria a de simplesmente fomentar desejos e paixões, em vez de reprimi-los (o segundo Smith). E a terceira, mais bem elaborada, de tentar confrontar desejos e paixões considerados destrutivos ou perigosos com outros considerados inócuos ou menos destrutivos e perigosos (a primeiro Smith e Hume). É nesse contexto que surge – aparentemente com Smith – a idéia de *interesse*, enquanto desejo ou paixão (mediado pela razão) contraposto.⁵³³ A política antiga sofre, portanto – conforme anota Renato Janine Ribeiro – uma mudança de registro em relação à política moderna: “A política moderna não é [mais] das virtudes [como o era a política antiga, essencialmente a de Atenas e Roma], mas dos interesses.”⁵³⁴ Malgrado a idéia de interesse tenha surgido inicialmente no âmbito do

⁵³¹ Cf. HIRSCHMAN, Albert Otto. *As Paixões e os Interesses: argumentos políticos para o capitalismo antes de seu triunfo*. Tradução de Lúcia Campelo. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 17 *et seq.*

⁵³² HIRSCHMAN, Albert Otto *As Paixões e os Interesses*, p. 22.

⁵³³ Cf. HIRSCHMAN, Albert Otto. *As Paixões e os Interesses*, p. 22 *et seq.* Hirschman chama a isso de *princípio da paixão equivalente contrária*, ou simplesmente *princípio da paixão contrária* (Ibidem, p. 32 *et seq.*).

⁵³⁴ RIBEIRO, Renato Janine. *Por uma Nova Política*. Cotia: Ateliê Editorial, 2003, p. 14. Tal como Hirschman, Ribeiro também identifica a presença inicial da idéia de interesse desde Maquiavel, que deporta a

espaço público – dirigindo-se ao príncipe ou ao Estado, ante a preocupação com o aprimoramento da arte de governar *bem*, com significado evidente de *interesse nacional* ou *interesse do Estado* (ou “razão de Estado”) – foi entre os indivíduos e grupos de governados que ela ganhou notável desenvolvimento: “Aqui descobriu-se que a mistura de egoísmo e racionalidade, que envolvera como a quintessência do comportamento motivado por interesse nas discussões em torno da arte de governar, era uma categoria útil e cheia de possibilidades.”⁵³⁵ Já num domínio totalmente privado, a idéia de interesse passa então a estar crescentemente associada às condições materiais para o bem-estar pessoal (desejo por bens e conveniências) e, ao cabo, da busca pelas vantagens econômicas (riqueza).⁵³⁶

Embora pudesse, numa primeira aproximação, ser identificado como a “epítome do que é irracional”, ou o “limite da indecência”, ou conquanto possa remeter imediatamente à idéia de “ganância”, talvez o sentido mais simples de desejo

virtude para a vida privada, e especialmente em Hobbes (que, não obstante, usa pouco o termo) e nos políticos dos séculos XVII e XVIII: “O que se deve ensinar aos homens é seu autêntico interesse. Este consiste, antes de mais nada, em evitar a morte violenta. Se cada um de nós buscar satisfazer só o seu egoísmo, correrá para a própria perda. Devemos ceder. Devemos negociar. Devemos contratar. Os modos de fazer isso variam conforme o autor, mas o modelo é sempre um: o filósofo da política mostra ao indivíduo desorientado qual é seu verdadeiro interesse, e este último, esclarecido, renuncia a uma parte dos seus desejos, para se preservar. Com o tempo, o interesse adquire um tom econômico. É o que melhor permite quantificar ganhos e perdas. Como ganho mais, como perco menos? eis a questão.” (Ibidem, pp. 14/15) João Feres Junior reconhece que Maquiavel foi fundamental ao para o desenvolvimento da idéia de que as paixões (más) poderiam ser contidas por outras paixões (boas), mas observa que a primeira solução para o problema de considerar-se o ser humano como ele é, em vez de como *deveria ser*, ter-se-ia dado com Hobbes, que afirmou, no *Leviatã*, que as pessoas até podem buscar o interesse público, mas são muito mais predispostas a zelar pelos seus interesses privados, especialmente quando ambos se apresentam contrapostos, para concluir que o interesse público é mais fácil de ser realizado quando se encontra atado aos interesses privados. Mas só mais tarde, com Hume, que a relação entre interesse público e interesses privados foi melhor estabelecida: por um lado, ele opõe o interesse público não a quaisquer interesses privados, mas apenas àqueles desenfreados, incontroláveis, desmedidos; por outro, assemelha interesse público ora ao bem comum (que não se confunde com o interesse da maioria, que é faccioso e violento), ora com aquilo que é visível ao público; e conclui que, dada a condição de necessidade e insuficiente benevolência dos homens, as leis da justiça (com a separação dos poderes e o controle dos interesses tais como identificados por cada segmento do poder) são necessárias para conjugar interesses privados com o interesse público (FERES JÚNIOR, João. Interesse público. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, pp. 166-168). Sobre a relação entre interesse privado e interesse público, especialmente no pensamento de Hume, cf. ARAÚJO, Cícero. *As virtudes do interesse próprio*. São Paulo, Lua Nova, n. 38, pp. 77-95, 1996.

⁵³⁵ HIRSCHMAN, Albert Otto. *As Paixões e os Interesses*, p. 38. É interessante notar que, assim como a velha máxima francesa de que o rei não pode errar (*le roi ne peut mal faire*) encontrava relação direta com a sua equivalente inglesa (*the king can do no wrong*), mais tarde também a nova máxima francesa *le prince peut se tromper, son conseil peut être corrompu, mais... l'intérêt seul ne peut jamais manquer* (o príncipe pode estar errado, seu conselho pode estar corrompido, mas... o interesse por si só nunca pode falhar) esteve relacionada com aquela outra inglesa segundo a qual *the interest not lie* (o interesse não mente).

⁵³⁶ Cf.: RIBEIRO, Renato Janine. *Democracia versus república: a questão do desejo nas lutas sociais*. In: BIGNOTTO, Newton. *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 14; HIRSCHMAN, Albert Otto. *As Paixões e os Interesses*, p. 35.

tenha sido o de *anseio pela obtenção de bens*: “O desejo de bens não precisa ser voraz nem indecente: pode ser, simplesmente, o modo de adquirir a base material para a própria existência digna.”⁵³⁷ Nesse sentido as revoluções liberais dos séculos XVII (Reino Unido) e XVIII (Estados Unidos e França) foram impulsionadas pelo desejo de liberdade, segurança e igualdade em vista de uma situação anterior de arbítrio, imprevisibilidade e privilégio: impulsionadas pelo desejo, essas lutas se remetem (racionalmente) à esfera dos interesses. Com a economização da vida humana, doravante estruturada em termos de utilidade, de calculabilidade que tem presente sempre uma relação custo-benefício, as revoluções sociais que se desatam mais tarde, no início do século XX, seguem a mesma lógica dos interesses: “Quando os operários se organizam como classe a fim de lutar por seu quinhão, ou mesmo com o fito de extinguir a dominação burguesa, a palavra-chave é interesse, e esse é medido pelos padrões da economia e da razão.”⁵³⁸ Mas essa idéia de interesse assume já uma dimensão objetiva (busca do bem-estar geral); não se trata mais de *interesses subjetivos privados*, mas de *interesse público*.⁵³⁹

É certo que os interesses de toda ordem podem contrapor-se. É sintomático que a democracia – esse “regime do desejo” (ou dos interesses) – tenha renascido na modernidade sob uma acepção bastante restrita, baseada na idéia de sufrágio censitário: “A suposição [era de] que o proprietário, por ter [na perspectiva dos *seus próprios* interesses] mais a perder em caso de uma guerra desastrosa ou de simples má gestão demagógica do bem comum, seria mais sensato, promovendo políticas mais racionais, mais equilibradas.”⁵⁴⁰ Trata-se de um receio antigo: desde a Antiguidade a filosofia política não ignorava a volatibilidade da paixão dos governantes (quer fosse

⁵³⁷ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia *versus* república. In: BIGNOTTO, Newton. Pensar a República, p. 14.

⁵³⁸ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia *versus* república. In: BIGNOTTO, Newton. Pensar a República, p. 13-25.

⁵³⁹ Gabardo anota, baseado nas lições de Ernest Griffith, que o conceito de interesse público se relaciona com a busca de critérios de bem-estar geral, pressupondo certos valores que, uma vez constitucionalizados, tornam a exigência de sua observância uma questão de consequência (caráter objetivo), e não uma questão de preferência (caráter subjetivo). Cf. GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 305; GRIFFITH, Ernest. Os fundamentos éticos do interesse público. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. In: Carl J. Friedrich (Ed.). O Interesse Público. Guanabara: Edições O Cruzeiro, 1966, p. 28.

⁵⁴⁰ RIBEIRO, Renato Janine. Por uma Nova Política, p. 15. Sobre a democracia como o regime do desejo, cf.: RIBEIRO, Renato Janine. Democracia *versus* república. In: BIGNOTTO, Newton. Pensar a República, pp. 13-25.

um governante só, quer fossem alguns poucos, quer fosse a maioria): tanto a *teoria da degenerescência das constituições* de Platão como a *teoria das formas impuras* de Aristóteles levavam em conta precisamente essa relação entre o poder e a dimensão passional do espírito humano.⁵⁴¹ Era preciso por alguns interesses a salvo do desejo dos demais.

Daí que o que acabou definitivamente marcando o advento da modernidade foi que do conceito de “interesse” chega ao conceito de “direito”, enquanto *interesse qualificado*, é dizer, enquanto *interesse tutelado pelo Direito*, que de início visava justamente proteger a esfera pessoal de interesses daqueles que tinham contra aqueles que normalmente não tinham ou tinham pouco (os “desejantes”), e que buscavam alcançar interesses que lhes eram próprios. O desejo foi o motor das democracias, mas foi também o motor da luta por direitos.⁵⁴²

Assim é que ao lado de simples interesses passam a haver interesses protegidos juridicamente (direitos).⁵⁴³ Tratar a liberdade de expressão como (mero) *interesse* dos indivíduos é muito menos do que lhe prescrever o *status* de *direito à* liberdade de expressão. De igual modo, há diferença entre simplesmente *ter interesse em* algo (adquirir uma propriedade, obter um aumento de salário, portar uma arma, etc.) e *ter direito a* algo (poder livremente dispor de uma propriedade e defendê-la contra turbação ou esbulho alheio, poder exigir o pagamento do salário pelos dias trabalhados, poder exigir a expedição de uma licença para edificação uma vez cumpridos os requisitos legais existentes, etc.).⁵⁴⁴

Embora *direitos* e *interesses* sejam tratados como sinônimos, parece importante demarcar essa diferença: ambos têm por objeto uma pretensão, a busca por um *bem*; mas só o *direito* se faz acompanhar da possibilidade de exigir o respeito ou a realização dessa pretensão por parte de outrem (o que remete automaticamente à idéia

⁵⁴¹ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. O que é Democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 29 e 33.

⁵⁴² “Assim, é que com o advento da modernidade, do jusnaturalismo racionalista e da nova ordem burguesa que a propriedade vai se constituindo em categoria central do direito subjetivo; antes, vai se constituindo a própria idéia de direito subjetivo (...).” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais, p. 123)

⁵⁴³ Cf. GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade, pp. 304-316.

⁵⁴⁴ Cf. GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade, pp. 304-316.

correlata de *dever*), seja um particular, seja o próprio Estado.⁵⁴⁵ N'outro dizer: “o interesse difere dos direitos, entre outros motivos, porque não possui um dever a ele correspondente, escapando da natureza deôntica da normatividade jurídica.”⁵⁴⁶

Isso não significa que o direito não possa ser limitado, ou por algum outro direito ou por um interesse público relevante: o que importa é que em princípio ele tem condições de ser exigido.⁵⁴⁷ O Estado extraordinariamente pode desapropriar um bem de um particular para satisfazer um interesse público relevante; mas essa situação excepcional não significa que o seu proprietário não tenha o direito de ordinariamente defender a sua propriedade contra terceiros – ou mesmo contra o próprio Estado, uma vez ausente qualquer interesse público na desapropriação.

No âmbito do Direito Público, a idéia de direito ficou bem demarcada pela *teoria dos direitos públicos subjetivos*, especialmente no âmbito da dogmática jurídica positivista que medrou ainda no século XIX. Os direitos perderam a característica de “fundamentais” (no sentido de pré-políticos ou fundantes do Estado e dos poderes públicos) e ficaram em certa medida relegados a um papel secundário: existiam apenas se e na medida em que *criados* (e não *reconhecidos*) pelo legislador, trazendo ao seu

⁵⁴⁵ Ribeiro por exemplo trata as categorias do direito e do interesse aparentemente como iguais. Cf.: RIBEIRO, Renato Janine. Democracia *versus* república. In: BIGNOTTO, Newton. Pensar a República, p. 21; RIBEIRO, Renato Janine. *A Democracia*. 2 ed. São Paulo: Publifolha, 2005, p. 44 *et seq.* Já Dworkin faz alusão a um *direito em sentido forte*, se bem que num contexto em que o interesse privado protegido especialmente pela Moral possa ser oposto ao interesse geral (vontade da maioria) tutelado pelo Estado (é o que ele chama de “direito preferencial”); de toda forma, os demais direitos criados por lei (“direitos jurídicos”), mais débeis que os direitos preferenciais, seriam ainda assim mais fortes que o simples interesse. Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 294 *et seq.* Nino, por seu turno, reconhece várias tipologias de direitos, a cada um deles correspondendo espécies diferentes de deveres: (i) *direitos-liberdades*, derivados de uma ausência de proibição; (ii) *direitos-autorizações*, decorrentes de normas permissivas; (iii) *direitos-privilégios*, correlativos de uma obrigação ativa ou passiva de outra parte; (iv) *direitos-ações*, que incluem a possibilidade de acionar os órgãos de jurisdição estatais para fazer com sejam observadas as obrigações deles decorrentes; (v) *direitos-competências*, que envolvem a prerrogativa de emitir normas para alterar a relação jurídica de outras pessoas; (vi) *direitos-imunidades*, que trazem consigo a falta de competência para que notadamente os poderes políticos do Estado possam alterar a situação jurídica de seu titular. Dentre eles, (i) e (ii) expressam na verdade mero interesse jurídico; (iii), (iv) e (vi) expressam um direito no sentido forte do termo; e (v) expressa a competência estatal para decidir e agir em prol dos interesses da coletividade. Cf. NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, p. 72.

⁵⁴⁶ GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade, p. 304.

⁵⁴⁷ Dworkin chama a atenção para o fato, familiar à filosofia, mas ignorado no contexto político, de que a palavra “direito” (*right*) tem força diferente em diferentes contextos: “Na maioria dos casos, quando dizemos que alguém tem o ‘direito’ de fazer alguma coisa, subentendemos que seria errado interferir com a realização daquela ação ou, pelo menos, que necessitamos de razões especiais para justificar qualquer interferência. Uso esse sentido forte de ‘direito’ quando afirmo que o leitor tem o direito de gastar o seu dinheiro no jogo, se assim o desejar, embora devesse gastá-lo de maneira mais meritória. Quero dizer que seria errado interferir, mesmo quando você se propõe a gastar seu dinheiro de um modo que considero errado.” (DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, pp. 289/290).

titular a prerrogativa de poder invocar a proteção das normas jurídicas que lhes asseguravam.⁵⁴⁸

Essa perspectiva positivista normativista passou a encobrir uma diferença essencial entre duas categorias de “direitos subjetivos”, que ao depois o novo constitucionalismo tratou de colocar em evidência, a saber: de um lado, os *direitos fundamentais* (os direitos e liberdades civis e políticos), inerentes a toda e qualquer pessoa ou cidadão; de outro, as “*situações jurídicas*” nas quais a pessoa expõe títulos específicos dos quais derivam *direitos patrimoniais* ou *direitos-poderes*. Sérgio Cademartori a esse propósito é esclarecedor:

Enquanto situações jurídicas correspondem a poderes ou deveres adquiridos em conformidade a ‘causas’ ou ‘títulos’ específicos e exercitáveis por meio de atos potestativos produtores de efeitos na esfera jurídica do titular ou de outrem, os direitos fundamentais constituem-se em esferas de imunidade reconhecidas a todos independentemente de título e exercidos por meio de comportamentos meramente lícitos que não interferem juridicamente na vida de outros sujeitos.⁵⁴⁹

Segundo Cademartori, essa perspectiva supõe uma separação entre liberdade e propriedade, que resulta em um rompimento com o liberalismo clássico. Por um lado, apenas a liberdade permanece como direito fundamental; direitos como o de propriedade (ou o de crédito) passam a ser meros *direitos patrimoniais*, meros *poderes*. Por outro, permite um redimensionamento da liberdade, no sentido de emprestar a ela um caráter social universal, ao passo que a propriedade se situa no plano individual particular.⁵⁵⁰

Assim é que o sistema jurídico-político moderno, especialmente após a crescente ampliação democrática, se orienta pelas idéias de *direitos subjetivos* e de *interesses*. Mas a idéia de interesses não se limitou apenas aos *interesses privados*, que os particulares, por seus próprios meios, buscam realizar, senão que assumiu também uma dimensão de *interesse público*, enquanto compartilhado por toda a coletividade, que

⁵⁴⁸ Cf.: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 48; CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade, pp. 37-38.

⁵⁴⁹ CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade, pp. 32/33.

⁵⁵⁰ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade, pp. 33-34. Conforme observa Cademartori, *fundamental* seria o direito à propriedade – no sentido abstrato e universal, que permite concluir que todos os cidadãos o têm, em condições de igualdade uns em relação aos outros –, mas não o direito de propriedade – este, sim, no sentido concreto, particular e, destarte, desigual, considerado como *poder*. (Ibidem, p. 41)

o Estado, através das prerrogativas próprias legalmente previstas, assume como meta realizar.⁵⁵¹ Movidos pelos desejos, os indivíduos lutam na esfera política pela promoção de seus interesses (pessoais, grupais ou comunitários). A realização de interesses compartilhados por todos ou pela maioria (interesse público) fica ao encargo do Estado; a outros interesses são conferidos o *status* de direitos subjetivos (seja como *direitos fundamentais*, no plano constitucional, seja como *direitos poderes* ou *direitos patrimoniais*, no plano infraconstitucional).⁵⁵²

2.2 Valores éticos e os planos da querela entre liberais, republicanos e comunitaristas

A idéia de *interesse*, seja público (objetivo) ou privado (subjetivo), traz consigo tanto uma dimensão *axiológica* ou *valorativa* como uma dimensão *finalística* ou *teleológica*, porquanto o amiúde envolve o alcance de determinado fim ou objetivo, quando menos o relacionado a sua própria satisfação.⁵⁵³ Os interesses privados são em regra experimentados individualmente pelas pessoas (interesses subjetivos); já o

⁵⁵¹ Embora não se confunda com a simples somatória dos interesses privados, inerentes a cada indivíduo, Celso Antonio Bandeira de Mello anota que o interesse público guarda relação com os interesses das partes: “o *interesse público*, ou seja, o *interesse do todo*, é ‘função’ qualificada dos *interesses das partes*, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 56/57). Não há, com efeito, um interesse público que possa ser ao mesmo tempo contrário aos interesses de cada um; o que pode haver é a contraposição de um dado interesse privado ao interesse público, mas isso no plano concreto, não no plano abstrato. Isto é, um indivíduo pode ser contrário a que um bem seu seja desapropriado pelo Estado, “mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação, conquanto este, eventualmente, venha a ser utilizado em seu desfavor.” (Ibidem, p. 57). Isso se deve em razão de que, “na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do corpo social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos *interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto se abrindo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.” (Idem)

⁵⁵² Cf. RIBEIRO, Renato Janine. Por uma Nova Política, p. 14. Institucionalmente, os partidos políticos deveriam funcionar como elementos unificadores e organizadores da vontade coletiva; não-institucionalmente, os *lobbies* desempenhariam um papel paralelo importante (por vezes importante na medida em que fornecem razões e dados empíricos que orientam a tomada de decisão, mas não raro através de formas ilegítimas como a corrupção e a coerção). Cf. GABARDO, Emerson. O pós-moderno príncipe e a busca pela tranquilidade da alma. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado, p. 14; RIBEIRO, Renato Janine. Por uma Nova Política, p. 14.

⁵⁵³ A simples idéia de *interesse subjetivo* ou *privado* (*vontade, necessidade, desejo, decisão, ação, etc.*) expressa ainda uma dimensão deontológica *antropológica* ou *psicológica*. Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, pp. 145/146. Com relação a eles, a Moral, enquanto instância ordenadora do livre exercício da vontade, parte inerentemente de uma distinção entre o *bem* e o *mal* e orienta as ações individuais partindo do suposto de que o bem é o *fim natural* do homem. Em regra, portanto, todo interesse privado está pré-orientado a alcançar um dado fim que lhe acarreta um dado bem. Cf. RAO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 6 ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 75.

interesse público decorre do reconhecimento formal de interesses substancialmente comuns ou sociais, pelo sistema jurídico (interesse objetivo), supondo algum vínculo de solidariedade fática ou emocional compartilhado entre as pessoas, relacionando-se a uma certa noção de bem comum.⁵⁵⁴

Já a idéia de *direito subjetivo* (e, correlatamente, a de *dever*) evoca primeiramente uma especial dimensão *deontológica* ou *normativa*.⁵⁵⁵ Tanto os direitos fundamentais quanto os poderes, na medida em que proporcionam ao seu titular a exigência de um comportamento positivo ou negativo em face de outrem (um terceiro ou o Estado), possuem essa dimensão. Entretanto, além de uma dimensão *deontológica* ou *normativa*, que os aproxima da idéia de justiça, os direitos fundamentais também possuem uma dimensão *axiológica* ou *valorativa*, que os aproxima da idéia do *bom*: os direitos fundamentais compreendem o núcleo axiológico que compõe o substrato do Estado Democrático de Direito. “Sua proteção e realização são a *finalidade* desse Estado e, embora oriundos da cultura *ocidental*, é notória a sua tendência à *universalização* e *ampliação* tanto *quantitativa* quanto *qualitativamente*.”⁵⁵⁶ De maneira que essa dimensão *axiológica* ou *valorativa* vem associada também a uma dimensão *finalística* ou *teleológica*. Essa relação entre valor e fim é explicada por Cláudia Toledo:

Valor é o fundamento da ação humana, que, reconhecido em um determinado momento como seu motivo, positivo ou negativo, condiciona os seus fins – logo, procede-se à apreciação do conhecimento (juízo de valor) e à opção da liberdade. A finalidade torna-se a realização daquele valor, isto é, eleva-se à categoria de fim o que se estima valioso. Os fins resultam, portanto, do reconhecimento de *valores objetivos* que são a razão de ser da *conduta*. Quando se reputa algo como valioso e se orienta em seu sentido, o valioso se apresenta como *fim* que determina como deve ser o comportamento humano.⁵⁵⁷

Tanto o interesse público como os direitos fundamentais estão, assim, impregnados de *valores éticos objetivos* (objetivos não apenas no sentido formal, posto

⁵⁵⁴ Cf. GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade, p. 306 *et seq.* A aludida noção de bem comum diz não com um “bem único objetivado”, senão com uma “verdadeira composição de interesses diversificados que não se aglutinam organicamente, mas que possuem uma íntima e relativa ligação jurídica.” (Ibidem, pp. 311/312)

⁵⁵⁵ Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, pp. 145/146.

⁵⁵⁶ TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy, 2003, p. 24.

⁵⁵⁷ TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito, p. 26.

que inseridos no ordenamento jurídico, mas também num sentido teleológico, já que é o fim do Estado realizá-los). E é justamente aqui – no que concerne à *forma de definição* dos valores fundamentais de convívio humano – que se situa o primeiro plano da divergência entre liberais, comunitários e republicanos: o *plano ontológico*, a instância última na ordem da explicação, que cuida das causas que conduziram os constituintes a decidirem por uns valores éticos em vez de outros.⁵⁵⁸

É possível entender a ética e a maneira pela qual ela se relaciona ontologicamente com a política de diferentes maneiras, mas, nos extremos (se bem que com vários matizes no entremeio), confrontam-se as perspectivas holistas e atomistas. Comumente se atribui aos liberais uma perspectiva *atomista*, segundo a qual o indivíduo precede a sociedade (“individualismo metodológico”); significa supor que toda pessoa é dotada de liberdade, de capacidade própria de pensar e de um senso inato de justiça, que (eis o ponto fundamental) *independe do convívio e das relações sociais*; daí a possibilidade de identificar introspectivamente os valores de uma ética universal, a que qualquer pessoa é capaz de chegar a partir do uso da razão abstrata.⁵⁵⁹ De outro

⁵⁵⁸ Sobre a diferença entre razão explicativa e razão justificativa, cf. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo, Landy, 2000, p. 20.

⁵⁵⁹ Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, pp. 197-198. Na verdade essa perspectiva atomista no plano ontológico parece restrita apenas a *algumas* teorias liberais. Ela pode ser feita, em princípio, às teorias liberais clássicas ou libertárias de base anarco-capitalista, que supõem indivíduos separados uns dos outros, cada qual identificando abstrata e isoladamente os valores do bem e perseguindo-os sem qualquer interferência dos demais (e do Estado, notadamente), num regime de concorrência com os demais, conforme esclarece Eros Roberto Grau: “Uma sociedade, qual a sociedade burguesa, fundada na autonomia da pessoa havia de ser hostil aos privilégios e se caracterizar pela igualdade de todos perante a lei (...). A autonomia da pessoa, que caracteriza a sociedade capitalista, importa a separação entre os homens. A concepção antropológica liberal, que dá origem à afirmação dos *direitos individuais*, só vê o homem na sua individualidade e personalidade. O indivíduo, assim, é concebido apartado da sociedade e dos outros homens. (...) Cuida-se de homens que se movem pelo egoísmo, independentes, apolíticos.” (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 172). Pode ser feita também às teorias liberais de base contratualista, conforme observa Forst: “Desde que Hobbes compreendeu os homens ‘como se tivessem acabado de brotar da terra e subitamente, como cogumelos, amadurecido sem nenhum tipo de relação uns com os outros’ (Hobbes, 1642, p. 109), desde que ele arrancou o homem do universo ético-aristotélico-escolástico e, com isso, preparou o caminho para o liberalismo, este se vê confrontado com a objeção do atomismo. Essa crítica orienta-se especificamente contra a teoria liberal do contrato legitimador do Estado.” (FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*, p. 15) Mas, entre os autores representativos da corrente liberal-igualitária aqui considerados, embora Rawls seja contratualista, é difícil sustentar que a crítica atomista o atinja. Dworkin (que ontologicamente adota uma perspectiva holista) assevera a possibilidade de se interpretar a concepção de Rawls pelo menos de uma dupla maneira: uma mais profunda (atomista) e uma menos profunda (holista): “Essa idéia [de que os princípios de justiça são constitutivos de nossa capacidade moral] pode ser entendida em diferentes níveis de profundidade. Pode significar, em seu nível menos profundo, que os princípios que sustentam a posição original como um recurso para raciocinar sobre a justiça são tão amplamente compartilhados, e tão pouco questionados dentro de uma comunidade específica, à qual se destina o livro, que a comunidade não poderia abandonar esses princípios sem transformar fundamentalmente seus padrões de raciocínio e de argumentação sobre moralidade política. Pode significar em seu nível mais profundo que estes princípios são categorias inatas

turno, uma perspectiva *holista* é adotada pelos comunitaristas e republicanos de maneira geral.⁵⁶⁰ a comunidade assume papel fundamental na construção das identidades individuais (dos “eus”), de tal maneira que só no convívio com os demais é que as pessoas são capazes de construir princípios éticos; não há uma *ética universal* da qual derivem princípios neutros (a neutralidade do liberalismo seria um equívoco); ao contrário, os valores éticos de cada comunidade são uma manifestação cultural; a justiça, portanto, não é um meta-valor, abstrato e *a priori*, que permite identificar e orientar a realização de outros valores, senão que é, ela mesma, dependente do bom, sendo por ele substancialmente determinada e apreendida pelo uso da razão prática.⁵⁶¹

A adoção de uma perspectiva holista ou atomista não significa que o centro das preocupações do Estado seja respectivamente ou o indivíduo ou a sociedade como um todo considerada. Essa questão se situa ainda em outro plano: o plano *promocional* ou *político-normativo*.⁵⁶²

Os liberais igualitários e os republicanos mais próximos ao liberalismo igualitário defendem uma perspectiva *individualista*, que considera o indivíduo como

da moralidade comum a todos os homens, impressos em sua estrutura neural de modo que o homem não possa negar esses princípios sem correr o risco de abandonar o poder de raciocinar sobre moralidade política.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 247). O próprio Dworkin afirma interpretar a teoria de Rawls de maneira menos profunda, isto é, de maneira holista (Idem). Forst também entende que o contratualismo de Rawls supera a crítica atomista: “É elucidativa uma comparação entre a tematização de Sandel das relações do eu e da comunidade com os poucos pontos em que Rawls tematiza essa relação na *Teoria da Justiça* (...). Rawls procura manter um equilíbrio entre a possibilidade dos indivíduos de firmar (e revisar) seus planos de vida e a constituição social dos indivíduos, de modo a tornar plausível a primazia da justiça em ambas as perspectivas. Segundo sua concepção, é indiscutível que a fala, o pensamento e a ação dos indivíduos são constituídos socialmente e que os seres humanos se realizam em relações intersubjetivas. Entretanto, disso não se segue que não existe a possibilidade de revisar e modificar os planos determinados objetivos, interesses e concepções do bem. Rawls conclui que o direito à liberdade pessoal corresponde, portanto, a um ‘desejo de ordem superior’ (1971, p. 561) dos indivíduos de assegurar essa possibilidade.” (FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*, p. 32). No mesmo sentido, cf. LOIS, Cecília Caballero. *Da união social à comunidade liberal: o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico de Ronald Dworkin*. In: LOIS, Cecília Caballero (Org.); LEITE, Ricardo Basílone (Col.). *Justiça e Democracia*, pp. 27-30.

⁵⁶⁰ Inclusive alguns liberais e republicanos liberais adotam uma visão holista. Dentre os republicanos liberais, é o caso de Pettit, que afirma: “A mestria [isto é, a maximização do domínio das pessoas individuais] é liberdade, concebida de maneira holística: não a concepção liberal da liberdade como a condição do indivíduo atomístico, mas uma concepção republicana da liberdade como liberdade da cidade, liberdade num mundo social.” (Philip Pettit, *apud* BERTEN, André. *A Epistemologia holista-individualista e o republicanismo liberal de Philip Pettit*, p. 11). Dentre os liberais igualitários, além de Rawls, Dworkin rejeita o argumento do contrato e aceita que todas as pessoas aceitariam a ética liberal que ele propõe. Cf.: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 148; DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 291-329; BONILLA, Daniel e JARAMILLO, Isabel Cristina. *El Igualitarismo Liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, pp. 41-43.

⁵⁶¹ Cf.: BONILLA, Daniel e JARAMILLO, Isabel Cristina. *El Igualitarismo Liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, p. 24; e LOIS, Cecília Caballero. *Da união social à comunidade liberal*. In: LOIS, Cecília Caballero (Org.); LEITE, Ricardo Basílone (Col.). *Justiça e Democracia*, pp. 25-26.

⁵⁶² Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 263 *et seq.*

o centro das preocupações do Estado. Para os liberais essa preocupação exige a garantia de defesa e promoção de *direitos individuais*, trazendo consigo uma maior separação entre espaço público (regido por princípios de justiça imparciais, “neutros” ou bastante abrangentes) e espaço privado (assegurado justamente pela limitação do espaço público em favor da garantia dos direitos fundamentais, o que proporciona aos indivíduos realizarem autonomamente os seus interesses e fins pessoais). Para os republicanos liberais há uma especial preocupação com a qualidade moral dos atos individuais e com aspectos de igualdade, o que pode exigir alguma interferência na esfera privada no sentido de impor *deveres* relacionados à solidariedade para com terceiros concidadãos; no entanto, essa imposição de deveres parece dirigir-se em última análise à realização de direitos (como contraface dos deveres) dos terceiros beneficiários.

Já os comunitaristas e republicanos próximos ao comunitarismo, de seu turno, adotam uma perspectiva *coletivista* que coloca a preocupação no todo (comunidade), e não nas partes (indivíduos). Os comunitaristas defendem a promoção do bem comum, isto é, das metas *relacionadas aos valores (tradições), interesses e fins da comunidade*, do que deriva uma certa continuidade entre esfera pública e esfera privada, já que as identidades individuais, determinadas pelas circunstâncias materiais da comunidade, acabam impactando na forma de organização e atuação estatal; para eles, o liberalismo concebe indivíduos esquizofrênicos, com dupla personalidade, sendo uma enquanto pessoa (com toda a sua carga identitária, seus valores pessoais, seus vínculos, etc.) na esfera privada, e outra enquanto cidadão (imparcial, impessoal) na esfera pública. Os republicanos próximos ao comunitarismo nutrem uma especial preocupação com a qualidade moral dos atos individuais e com aspectos de excelência humana, o que implica em dar especial atenção aos *deveres* relacionados à participação na formação da vontade política estatal (mas não só estes, podendo envolver outros aspectos reveladores de uma aspiração à perfeição ou patriotismo individual); no entanto, isso só imediatamente revela uma preocupação com o

indivíduo, pois essa imposição de deveres, assim como também a consagração de direitos, parece estar a serviço de objetivos coletivos (bem comum).⁵⁶³

Taylor observa, acerca da combinação de posições no plano ontológico (atomismo ou holismo) e no plano promocional (individualismo ou coletivismo), a complexidade das possíveis inter-combinações: ao mesmo tempo em que cada plano é distinto um do outro, eles não são completamente independentes, de maneira que uma opção ontológica extrema limita em certa medida as opções político-normativas. Não é impossível, assim, a adoção de uma posição ontológica holista e uma posição político-normativa individualista, posição essa que é – vale lembrar – a posição do próprio Taylor.⁵⁶⁴ A esse propósito, parece interessante mencionar uma pequena distinção no conceito de “parte” em relação ao “todo” no plano político-normativo: tomando-se como ponto de partida uma concepção ontológica holística, entre os extremos opostos do individualismo e do coletivismo é possível conceber, no plano promocional, um certo tipo de *personalismo solidário* como mais ou menos o seu meio termo.⁵⁶⁵ Como quer que seja, parece que, embora marcando uma posição intermediária entre o individualismo e o coletivismo, o personalismo solidário ainda coloca o indivíduo como o centro das preocupações do Estado, valorizando os deveres de solidariedade inter-individuais com o intuito de construir uma sociedade mais justa e igualitária.

Tanto os *direitos* e os *deveres individuais* como as *metas coletivas* (de interesse público ou bem comum) têm lá os seus *valores éticos* subjacentes, que uma dada sociedade possa querer assegurar enquanto *objetivo político*.⁵⁶⁶ Dificilmente uma

⁵⁶³ Cf.: BONILLA, Daniel e JARAMILLO, Isabel Cristina. *El Igualitarismo Liberal de Dworkin*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*, p. 25; e LOIS, Cecilia Caballero. Da união social à comunidade liberal: o liberalismo político de John Rawls e o republicanismo cívico de Ronald Dworkin. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.); LEITE, Ricardo Basilone (Col.). *Justiça e Democracia*, pp. 25-26; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 267.

⁵⁶⁴ Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, pp. 198/199.

⁵⁶⁵ Cf. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: a crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

⁵⁶⁶ Dworkin chama de *objetivo político* à justificação política genérica (no plano promocional): uma teoria política considera um dado “estado de coisas” como objetivo político se tal objetivo for a favor de uma decisão política que visa a promoção ou a proteção desse estado de coisas. É oportuna a discriminação que ele faz desses objetivos políticos, abrangendo: os *direitos* (objetivo político individual) e as *metas* (objetivos políticos coletivos), os primeiros assegurados por princípios e as segundas por políticas. Em outra parte, porém, ele alude à possibilidade de uma justificação política genérica basear-se também em *deveres*, o que permite falar em um terceiro tipo de objetivo político. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, pp. 141-142 e pp. 262-268.

constituição se ocupará só de um deles; a tendência é que se valha dos três, sendo bastante complexas as formas pelas quais pode relacionar uns com os outros. Como observa Dworkin, o alcance de uma determinada meta mais básica ou abstrata (aumento do bem-estar geral) poderá justificar o cumprimento de metas específicas (pela busca do pleno emprego); um direito (padrão de vida minimamente decente) ou um dever (respeito à lei) também poderão justificar o cumprimento de metas (respectivamente, pelo aumento do PIB e pela melhoria na eficiência da força policial), ou ao inverso, direitos (acesso à moradia) e deveres (dirigir com cautela) poderão ser justificados pelo cumprimento de metas (aumento do bem-estar geral); e, ainda, direitos e deveres poderão ser justificados por outros direitos e deveres (não um como a contra-face do outro). A questão é o quê justificará o quê; o que deverá em última análise ser justificado.⁵⁶⁷ De maneira que, embora uma constituição possa e deva valer-se desses três diferentes tipos de objetivos políticos, só um deles ganhará o lugar de honra: ela “tomará como fundamental alguma meta dominante, ou um conjunto de direitos fundamentais, ou um conjunto de deveres transcendentais, e mostrará as outras metas, direitos e deveres como subordinados ou derivados.”⁵⁶⁸

Assim, em última análise, tudo é uma questão de como as teorias hierarquizam os valores constantes de metas coletivas e de direitos e deveres individuais. Uma teoria liberal colocará em primeiro plano a realização de valores inerentes à satisfação de direitos individuais, enquanto uma teoria perfeccionista (como é o caso de um republicanismo forte) colocará em primeiro plano os valores inerentes aos deveres individuais, em detrimento de quaisquer outros valores: aqui haverá menos espaço para ponderações político-discricionárias (quer para o legislador, no momento eventual

⁵⁶⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, pp. 263-265. “Há uma diferença entre a idéia de que você tem o dever de não mentir para mim, porque tenho o direito de que não mintam para mim, e a idéia de que tenho o direito de que você não minta para mim porque você tem o dever de não dizer mentiras. No primeiro caso, justifico o dever chamando a atenção para um direito; se pretendo oferecer alguma justificação posterior, é o direito que eu devo que justificar, e não posso fazê-lo chamando a atenção para o dever. A diferença é importante porque (...) a teoria que considera os direitos como fundamentais é diferente de uma teoria que considera os deveres [ou as metas] como fundamentais.” (Ibidem, p. 265)

⁵⁶⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 266. Gabardo também anota que um dado benefício tanto pode ser inspirado pela realização de um direito (com caráter individual) como de um interesse público ou bem comum (caráter coletivo), dando o exemplo, recolhido de Nino, de uma política de controle de natalidade: “Se uma política desta natureza é realizada tendo-se por fundamento o direito individual das mulheres, ela não pode ser realizada através de considerações de eficiência, mas sim deve ser apoiada ou rejeitada em diferenças moralmente relevantes. Ao contrário, se a política é promovida tendo-se por fundamento a preconização de um bem comum, poder ser realizada de distintas maneiras, ou seja, inclusive segundo o seu maior ou menor grau de eficiência.” (GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*, p. 311)

de criação de normas sobre direitos e deveres, quer para o administrador e para o juiz, no momento de sua aplicação), ante o forte conteúdo deontológico ou normativo desses objetivos políticos. Mas uma teoria comunitária colocará em primeiro plano os valores constantes de metas, e aqui o espaço para ponderação político-discrecional (seja pelo legislador, pelo administrador ou, num caso extremo, pelo juiz) será maior, já que a dimensão axiológica ou valorativa e teleológica ou finalística avulta em relação à dimensão deontológica ou normativa.

3.3 A tipologia das normas constitucionais e suas dimensões deontológicas

Além obviamente das normas que organizam o poder estatal e estabelecem as competências e procedimentos a serem observados pela pessoa estatal e seus órgãos políticos fundamentais, nas constituições se encontram também normas que estabelecem tanto *metas coletivas* de interesse público ou de bem comum, como *direitos e deveres fundamentais* dos indivíduos. Não é o caso de expor aqui em detalhes o que dizem as teorias da constituição sobre os *padrões* ou *tipologias* de normas. Sobre isso, basta a referir a conhecida classificação das normas constitucionais em dois tipos ou padrões: além das *regras*, os *princípios*.⁵⁶⁹

⁵⁶⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, pp. 329-330. Autores há que fazem referência a princípios e normas – e não a princípios e regras. É o caso de José Afonso da Silva, para quem os princípios são irradiações que imantam o sistema de normas, condensações de valores e bens constitucionais. Ele adota o mesmo conceito de princípio de Celso Antonio Bandeira de Mello: “Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre as diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere também a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside toda a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 922). O conceito de normas seria, de todo modo, igual ou muito próximo ao de regras, isto é, aqueles “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção e, favor de outrem.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 91/92) já Dworkin insere, ao lado das *regras* e dos *princípios*, as *políticas* como tipos ou padrões de normas (embora em várias passagens use indistintamente princípios para designar qualquer padrão que não seja uma regra, abrangendo, portanto, as políticas e os princípios indistintamente). *Princípio* seria para ele “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou ainda uma outra dimensão da moralidade.” *Política*, por outro lado, para ele seria “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 36). Grau traduz “política”

Conforme anota Barroso, frente ao positivismo normativista e ao discurso cientificista neutral do século XIX e da primeira metade do século XX, que procuram apartar o Direito da Ética, surge o pós-positivismo, não como uma tentativa de romper definitivamente com o positivismo, mas nele procurando inserir uma nova dimensão, através das idéias de justiça e legitimidade.

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.⁵⁷⁰

Os princípios constitucionais passam, assim, a ser síntese dos *valores* albergados no sistema jurídico. A grande novidade é que eles deixam de assumir expressão meramente ético-política (relacionada a valores e fins) e passam a adquirir também contornos de juridicidade, que lhes permite aplicabilidade direta e imediata.⁵⁷¹ De maneira que nas *normas principiológicas* que passam a compor o arcabouço constitucional é possível identificar distintas dimensões deônticas: a deontológica ou normativa; a axiológica ou valorativa; a teleológica ou finalística – *todas presentes em diferentes graus*.

Tais normas principiológicas lidam com diferentes objetivos políticos. Princípios há que têm por conteúdo a afirmação de *direitos fundamentais* (não apenas “direitos de resistência”, como a liberdade de consciência e de expressão, mas também “direitos prestacionais”, como o acesso à educação e à saúde), ou de *deveres fundamentais* (entendidos não como a contraface de correlatos direitos, mas como deveres autônomos, tais o serviço militar obrigatório, o comparecimento obrigatório

simplesmente por “diretriz” (diretriz política) e ressalta a *funcionalidade* desse tipo de norma jurídica. Cf. GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto; e GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 156.

⁵⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 328.

⁵⁷¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 329.

para o sufrágio), que possuem destarte uma *dimensão deontológica* mais acentuada na medida em que sua satisfação pode ser subjetivamente exigida do destinatário da norma, e sancionada em caso de desobediência. Tais princípios têm evidentemente uma carga axiológica, mas neles sobressai uma mais elevada carga normativa, donde possam ser chamados simplesmente de *princípios normativos*.⁵⁷² Por outro lado, há também princípios que estabelecem *metas coletivas* de bem comum ou de interesse público (bem-estar, busca do pleno emprego, redução das desigualdades, acesso à moradia) e que, malgrado ostentem obviamente carga normativa, possuem em maior relevo as dimensões axiológica e teleológica, na medida em que contemplam *valores objetivos* (finalísticos) cujo alcance depende da execução de um programa de ação, com atuação conjugada dos Poderes Legislativo e Executivo. Daí poderem ser chamados simplesmente de *princípios programáticos*.⁵⁷³

A existência desses padrões ou tipos normativos nas constituições não ilide – como dito – a necessidade de identificar o quê deve justificar o quê, e o quê deve em última análise ser justificado, por ter maior importância: as metas coletivas, os direitos ou os deveres? Essa é uma questão atinente ao papel que uma dada constituição possa assumir.

3 A CONSTITUIÇÃO E SEUS PAPÉIS

Observa Gisele Cittadino que o debate sobre a justiça penetra inevitavelmente nos meandros do Direito, destacadamente do Direito Constitucional: “Em outras palavras, todos reconhecem a impossibilidade de configurar e justificar um ideal de justiça distributiva sem ao mesmo tempo enfrentar a discussão quanto ao papel da

⁵⁷² Canotilho os identifica e nomina de *princípios-garantia*, “que visam instituir directa e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos”, sendo-lhes “atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1167). Tais princípios correspondem, conforme Grau observa, aos princípios em sentido estrito de Dworkin. Cf.: GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 156; DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 36.

⁵⁷³ Canotilho os identifica e nomina de *princípios constitucionais impositivos*, “que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pp. 1166/1167) Tais princípios correspondem, na observação de Grau, às *políticas* (ou *diretrizes*) de Dworkin. Cf.: GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 156; DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 36.

Constituição, da efetivação de seu sistema de direitos fundamentais e da atuação do Poder Judiciário, especialmente da jurisdição constitucional.”⁵⁷⁴

A constituição é um produto da razão iluminista: ela supõe que é possível organizar o mundo e realizar um projeto político. Em razão do pluralismo jurídico – o “cosmos normativo”, a que se refere Canotilho, constituído por um universo de normas constantes de fontes internacionais, supra-estatais (comunitárias), estatais (a própria constituição, as leis, os regulamentos de toda ordem) e inclusive privadas (as convenções) –, a unidade do sistema jurídico pode ficar comprometida se se pretender entendê-lo segundo o velho esquema piramidal.⁵⁷⁵ A constituição só pode manter sua centralidade e sua função unificadora se todas as demais ordens parciais guardarem observância as suas regras e princípios. Isso exige que a constituição tenha toda ela *força normativa*, é dizer, que tenha aplicabilidade e efetividade tal como qualquer lei. Isso nem sempre ocorre, ou nem sempre ocorre em sua máxima plenitude: as normas constitucionais ditas “programáticas”, que orientam a realização de alguns direitos sociais ou de metas coletivas impostos ao Estado pela constituição têm uma dimensão deontológica ou normativa diminuída ou limitada, nelas avultando uma dimensão axiológica ou valorativa e conseqüentemente teleológica ou finalística. Além disso, mesmo dispositivos normativos que asseguram direitos são redigidos em termos demasiado abstratos, que carecem de integração de sentido.⁵⁷⁶ Eis as especificidades do debate sobre a idéia de justiça, no âmbito da teoria da constituição: para os comunitaristas e alguns republicanos próximos do comunitarismo, há especial ênfase no papel político da constituição, reforçado por normas principiológicas de conteúdo aberto; para os liberais e alguns republicanos próximos ao liberalismo, prevalece a ênfase no papel jurídico ou normativo.

A primeira grande tarefa do novo constitucionalismo foi, desde o início, a de distinguir *lei*, enquanto regra estabelecida pelo legislador, que impõe uma ordem

⁵⁷⁴ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004, p. 2.

⁵⁷⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1144.

⁵⁷⁶ “O caráter aberto e a estrutura de muitas normas da constituição obrigam à mediação criativa e concretizadora dos ‘intérpretes da constituição’, começando pelo legislador (primado da competência concretizadora do legislador) e pelos juízes, sem esquecermos hoje o primordial papel concretizador desempenhado pelo governo quer na sua qualidade de órgão encarregado da ‘direção política’ quer na qualidade de órgão que dirige, superintende e/ou tutela a administração pública.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pp. 1150-1152)

dirigida ao indivíduo ou uma função estatal a ser cumprida em atenção a uma ordem imposta ao Estado, de *direitos humanos*, enquanto pretensões subjetivas universais (diferentes de outras pretensões subjetivas relativas, como os *direitos patrimoniais* e os meros *interesses*).⁵⁷⁷ Ambos – *lei* (produto da vontade política da maioria) e direitos fundamentais (direitos humanos positivados) – se acham em constante tensão.⁵⁷⁸ Essa distinção se converte em um princípio jurídico básico do Estado, que as constituições contemporâneas procuram articular, a partir desses dois elementos: a lei, que expressa os fins, interesses e programas políticos de grupos majoritários; e os direitos invioláveis, considerados pela constituição como “patrimônio jurídico” de seus titulares.⁵⁷⁹

A previsão de *princípios programáticos* – tanto dos que visam alcançar *metas coletivas* (como a promoção e proteção da cultura e do meio ambiente) como dos que orientam a implementação de alguns *direitos fundamentais sociais* (como renda mínima, moradia, lazer) – é resultado do reconhecimento da importância da lei: aqui reside a *dimensão política* da constituição e o importante papel que assume o legislador em definir as prioridades do Estado e os interesses públicos que ele tenha que realizar. Por outro lado, a previsão de *princípios normativos* que asseguram *direitos fundamentais individuais* (como as liberdades de pensamento e de expressão, mas não apenas direitos de defesa como esses, senão também alguns direitos prestacionais, como a saúde e a educação) e *direitos fundamentais políticos* (como o sufrágio) revelam um forte aspecto jurídico.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 47. Segundo Zagrebelsky, Hobbes – que esteve na confluência do jusnaturalismo com o positivismo – foi um dos primeiros a distinguir lei (*lex*), isto é, a ordem de autoridade a que se submetem todos os súditos (direito *ex parte principii*), de direito (*ius*), enquanto liberdade reconhecida a todos pela lei (direito *ex parte civium*). (Ibidem, p. 51). Cf. também FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, pp. 787/788.

⁵⁷⁸ Segundo Novais, malgrado todas as tentativas de conciliar democracia e direitos fundamentais (inerentes ao Estado de Direito), essa harmonia não é um dado: “a idéia de colisão, ou pelo menos, da tensão entre os dois princípios, também está sempre presente e, mais que isso, parece ineliminável.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contra-majoritária dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro, 2007, p. 81)

⁵⁷⁹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 51. “*La Constitución del presente siglo – podría afirmarse – fragmenta el derecho, al separar la ley de los derechos, e impone la elaboración de una concepción jurídica que sea composición armónica de la primera con los segundos y en la que ambos componentes vean reconocido aquello que le resulta propio.*” (Idem)

⁵⁸⁰ Não significa – vale reiterar – que os *princípios programáticos* não tenham uma dimensão normativa ou deontológica, nem que os *princípios normativos* não possuam uma dimensão axiológica ou valorativa.

Valendo-se dos diferentes padrões normativos – isto é, de normas de acentuado conteúdo político, que estabelecem alguns direitos sociais ou metas coletivas de bem comum ou de interesse público, e de normas com elevada carga de juridicidade, que asseguram direitos fundamentais individuais, sociais e políticos –, diferentes teorias atribuem à constituição diferentes papéis predominantes.

As *teorias liberais clássicas* tendem a ver a constituição tão-só como um instrumento formal de garantia individual (*constituição-garantia*, ou *constituição-instrumento*, ou *constituição-limite*), como forma de proteção de uma esfera de inviolabilidade, assegurada por direitos que o Estado tem o dever de respeitar, no mais das vezes por um comportamento meramente negativo. O princípio normativo que orienta essa concepção em última análise é a liberdade, mas liberdade apenas no sentido negativo; uma constituição assim não possui nenhum conteúdo social ou econômico, senão que apenas define competências e regula procedimentos estatais, donde deriva a rígida separação entre Estado e sociedade. Sua principal (e exclusiva) preocupação é com a *normatividade* constitucional – um aspecto meramente jurídico, portanto. A interpretação constitucional é assim orientada por princípios normativos cujo sentido de validade é eminentemente deontológico.⁵⁸¹ O problema com as constituições que acolhem teorias liberais desse tipo é que elas fazem perpetuar um regime de desigualdade social, funcionando como um instrumento de defesa apenas daqueles que têm, contra aqueles que não têm. Como assinala Gilberto Bercovici, “[a]s leis constitucionais só servem, então, para garantir o *status quo*.”⁵⁸² Elas representam o alcance da emancipação, o ponto de chegada – mas apenas para uns poucos privilegiados.

As *teorias comunitaristas e republicano-comunitaristas*, de seu turno, tendem a situar-se no extremo oposto: elas têm uma visão bastante forte da constituição como um projeto social integrado por um conjunto de valores e fins compartilhados pelos indivíduos, os quais indicam um caminho a seguir: os direitos fundamentais são coadjuvantes nesse esquema formado por uma pauta programática de metas coletivas

⁵⁸¹ Cf.: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política*, pp. 10-11; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, pp. 9-10; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1396.

⁵⁸² Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política*, p. 10-11.

(*constituição-programa*, ou *constituição-plano*, ou *constituição-dirigente*). O princípio normativo que orienta essa concepção é o da autodeterminação, do qual deriva uma liberdade no sentido positivo; uma constituição assim não entende os direitos fundamentais como fins em si mesmos, mas como meios para outros fins, relacionados ao interesse coletivo: há, num sentido forte, uma funcionalização dos direitos fundamentais em relação a um conjunto de valores e fins compartilhados, que definem o bem comum.⁵⁸³

Essas as idéias subjacentes aos comunitarismos de MacIntyre e Walzer. MacIntyre afirma um conceito funcional de pessoa. Segundo ele, conceitos funcionais não têm significação dissociada de suas funções ou finalidades essenciais. As pessoas têm uma natureza essencial, ou uma função e uma finalidade essencial, de maneira tal que ser *pessoa* implica em *viver bem*, devendo para isso desempenhar um conjunto de papéis, cada um dos quais com seu propósito específico (membro de família, cidadão, soldado, filósofo, servo de Deus); quando a pessoa é vista simplesmente como indivíduo, antes e fora de todos os papéis, já não se trata mais de um conceito funcional. Por conseguinte, o que é bom para uma pessoa tem de ser o bem para quem vive esses papéis: a autodeterminação individual é exercida dentro dos papéis sociais.⁵⁸⁴ A funcionalização atinge não apenas a pessoa, mas também suas ações: uma ação é considerada justa quando for a ação que uma pessoa boa faria, se estivesse ocupando aquele dado papel. Os direitos são, portanto, ferramentas para assegurar o bom exercício dos papéis sociais, de maneira que as ações praticadas ao se exercer bem esses papéis são consideradas justas.⁵⁸⁵ Walzer, de seu turno, parece emprestar maior importância aos direitos fundamentais. Ele se posiciona, por exemplo, contrário às ações afirmativas e às políticas de cotas raciais para distribuição de cargos abertos à competição porque isso afeta os direitos dos concorrentes às vagas. Mas no fundo, em alguma medida, ele igualmente faz os direitos dependerem de uma noção de bem,

⁵⁸³ À teoria dos direitos fundamentais subjacente a essa teoria Canotilho chama de “teoria democrático-funcional”, da qual se extraem as seguintes conseqüências: os direitos são concedidos aos indivíduos para serem exercidos como membros da comunidade e no interesse público; a liberdade é meio de realização e segurança do processo democrático; os direitos não estão à disposição dos indivíduos, senão que são vistos como deveres; aos poderes públicos se reconhece a prerrogativa de intervir, conformando o exercício dos direitos fundamentais. É uma idéia que parte do cidadão ativo, com direitos fundamentais postos a serviço do processo democrático. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1400.

⁵⁸⁴ Cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 266.

⁵⁸⁵ Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*, pp. 109-111 e pp. 369-374.

quando afirma, por exemplo, que tais direitos não provêm da humanidade comum de todos; “provêm de conceitos compartilhados de bens sociais.”⁵⁸⁶ No caso dos cargos abertos à competição, não é possível distribuí-los como se distribui dinheiro; “Quando a comunidade se encarrega de distribuí-los, deve prestar muita atenção em seu significado social”, e o bem em jogo, nessa esfera, seriam o talento e o mérito.⁵⁸⁷

Tais idéias estão também presentes nos republicanismos de Sandel e Taylor. Ao afirmar que sua teoria assume antes uma característica teleológico-perfeccionista, (em vez de comunitária propriamente dita), Sandel sustenta uma forma de vinculação entre o bom e o justo segundo a qual os princípios da justiça dependem do valor moral ou do bem intrínseco derivado das finalidades que servem, de maneira que o reconhecimento ou a justificação de um direito decorre da capacidade de se demonstrar que ele promove um bem humano moralmente importante.⁵⁸⁸ Desse modo, os direitos, numa república “autogovernativa”, devem ser interpretados à luz de uma concepção de boa sociedade ou de bem comum (o próprio autogoverno), que vise incentivar nos cidadãos as qualidades de caráter necessárias para alcançá-lo.⁵⁸⁹ A liberdade se relaciona antes com a possibilidade de participação, isto é, com o autogoverno e com as virtudes que o sustentam: “Eu sou livre na medida em que sou membro de uma comunidade política que controla o seu próprio destino, e participante das decisões que regem seus negócios.”⁵⁹⁰ Taylor, de igual forma, embora se veja como liberal e declare assumir uma posição individualista no plano promocional ou político-normativo, instrumentaliza os direitos de maneira a que se prestem melhor à participação no governo, já que entende que essa participação é da essência da liberdade e representa um componente essencial da capacidade do cidadão. “A plena participação no autogoverno significa, ao menos parte do tempo, ter alguma

⁵⁸⁶ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. XIX.

⁵⁸⁷ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 208. Citando Walzer, afirma Cittadino: “Ainda que fragmentada, ‘a sociedade civil hoje é igualmente um domínio de cooperação, onde os cidadãos trabalham em conjunto em vista do interesse comum’.” (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, p. 160). E logo adiante anota, na esteira dos argumentos do mesmo Walzer: “Nesse sentido, a previsão constitucional de direitos fundamentais expressa mais a vontade e a autodeterminação da comunidade do que o reconhecimento dos que os indivíduos realmente são. Quando a Constituição reconhece que os cidadãos têm o direito de reunirem-se pacificamente, isto traduz, na verdade, uma vontade: a de que ocorram [efetivamente] reuniões pacíficas dos cidadãos.” (Idem).

⁵⁸⁸ Cf. SANDEL, Michael J. *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, pp. 11-12.

⁵⁸⁹ SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent*, pp. 25/26.

⁵⁹⁰ Cf. SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent*, p. 26.

participação na formação de um consenso de governo, com o qual podemos nos identificar junto com outros. Governar e ser governado alternativamente significa que ao menos parte do tempo os governantes podem ser ‘nós’, não sempre ‘eles.’”⁵⁹¹ O balanceamento que ele propõe entre atomismo e holismo ressalta a natureza social do homem, no sentido aristotélico: as pessoas não são auto-suficientes individualmente, fora da comunidade, posto que fora de um dado contexto social não podem afirmar a sua “autonomia moral” nem formar as suas convicções. Isso implica em alteração da consideração sobre o papel dos direitos: na medida em que o homem precisa da sociedade para o desenvolvimento de suas potencialidades, é antes necessários garantir condições sociais favoráveis ao desenvolvimento das potencialidades de todos. A conclusão, segundo Gargarella, é de que “a única forma de garantir que os homens afirmem sua autonomia é, em suma, assegurando determinada política cultural, amparada em instituições de participação política e garantias de independência social. Ou seja, não podemos insistir sem reflexão na necessidade de proteger certos direitos contra a própria sociedade ou à custa dela.”⁵⁹²

⁵⁹¹ TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, p. 217. “Em conseqüência, uma sociedade em que a relação dos cidadãos com o governo é normalmente antagônica, e mesmo onde estes conseguem fazer o governo render-se a seus propósitos, não garantiu a dignidade dos cidadãos, permitindo apenas um baixo grau de capacidade do cidadão.” (Idem)

⁵⁹² Cf. GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça Depois de Rawls, pp. 145-146. Segundo Taylor, há formas de liberalismo que outorgam uma forma de reconhecimento muito restrito a identidades culturais distintas; mas a idéia de que uma mesma pauta-padrão de direitos possa comportar aplicação adequada em contextos culturais diferentes é considerada inaceitável. Ele questiona então se pode haver uma forma de liberalismo menos restrita, que não tenha como consectário lógico a pretensão de homogeneização, e conclui que há pelo menos duas formas de liberalismo, se bem que com diferenças bastante confusas. Uma, que ele chama de modelo norte-americano, informado pela técnica da revisão judicial (*judicial review*), o qual, embora nascido nos próprios Estados Unidos (como mecanismo de defesa dos cidadãos e dos Estados federados contra a União Federal) ganhou corpo depois da Guerra Civil, com a Emenda XIV, que assegurava “igual proteção” a todos perante a lei, além da cláusula constitucional mais antiga que assegurava a defesa dos direitos fundamentais, que foi ulteriormente resgatada: trata-se de um modelo puro, que assegura apenas o *universalismo*. Outra, que ele chama de modelo canadense, resultante da adoção, em 1982, da Carta de Direitos no Canadá, destinada a servir de parâmetro à revisão judicial, e que punha em tensão a *universalidade dos direitos* ali reconhecidos com *necessidades particulares relacionadas à sobrevivência cultural* de algumas comunidades minoritárias (como os aborígenes e os francófonos do Québec), e à qual sofreu uma emenda constitucional que propôs que o Québec fosse reconhecido como comunidade distinta, com o intuito de tornar esse reconhecimento “uma das bases da interpretação judicial do resto da constituição, incluindo a Carta”, o que de certa forma rompia com o universalismo em favor do particularismo (algo para alguns inaceitável); a Carta canadense passou a oferecer uma base para a revisão judicial em dois aspectos: primeiro, ela definiu uma tábua de direitos individuais, como tradicionalmente ocorre nas democracias ocidentais; mas além disso, ela passou a garantir tratamento igual aos cidadãos numa variedade maior de aspectos, ou seja, não apenas vedando a discriminação em *questões identitárias menos importantes*, como raça e sexo, como também atribuindo poderes às coletividades para dispor sobre *questões identitárias importantes*, como direitos lingüísticos e aborígenes: trata-se de um modelo híbrido, que combina *universalismo* com *reconhecimento* às minorias. Cf. TAYLOR, Charles. Argumentos Filosóficos, pp. 260-261.

O que fica evidente, nesses casos, é a ênfase na dimensão *política* da constituição, no âmbito da qual se busca realizar os valores mais importantes definidos para a comunidade: a constituição é apenas o ponto de partida. O problema dessa perspectiva é o risco de converter a constituição meramente numa *ordem objetiva de valores*, sendo os próprios direitos fundamentais desprovidos de qualquer pretensão subjetiva;⁵⁹³ essa politização generalizada, que subordina os direitos fundamentais aos ideais do bem comum e submete todas as decisões fundamentais estatais a uma lógica de ponderação de bens e valores (inclusive no âmbito do Poder Judiciário), tende a relegar o critério da racionalidade normativa e a observar critérios totalmente subjetivos. Conforme adverte Alexy, “[p]or meio do recurso ao conceito de ordem de valores poderia ser justificado qualquer resultado.”⁵⁹⁴

As *teorias liberais igualitárias e republicano-liberais* abrandaram bastante o caráter meramente garantista do liberalismo clássico – num sentido pejorativo, de impor ao Estado apenas um *non facere*. A constituição que delas tende a resultar tem, é certo, uma dimensão normativa de garantia ou de defesa; “Há” – segundo Rawls – “rigorosas proteções constitucionais para determinadas liberdades, particularmente para a liberdade de expressão e de reunião e para a liberdade de formar associações políticas.”⁵⁹⁵ Mas nada impede que uma constituição liberal igualitária contemple também padrões normativos que orientem a promoção da igualdade de liberdade e de oportunidades, bem como as concepções de interesse público e os fins sociais a serem alcançados pelos exercentes do poder.⁵⁹⁶ Isso parece resultar de maneira mais clara

⁵⁹³ Canotilho identifica, em apertada síntese, os postulados e os riscos desta perspectiva. Os postulados são os de que: (i) os indivíduos deixam de ser a medida dos seus direitos; (ii) “se a teoria dos valores postula uma dimensão essencialmente objetiva, então no conteúdo essencial dos direitos fundamentais está compreendida a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto”; (iii) deve-se respeitar a totalidade dos direitos do sistema de valores do Direito Constitucional; (iv) os direitos fundamentais são relativos a uma dada comunidade histórica; (v) justifica-se a intervenção estatal no sentido de concretizar essa ordem de valores relativa, visando otimizar sua eficácia. Donde decorrem os riscos seguintes: (i) pode conduzir a uma ordenação e hierarquização de valores meramente subjetiva; (ii) pode implicar no fechamento do sistema, separado do resto da constituição; (iii) a interpretação da constituição pode conduzir a uma tirania dos valores, estática, decisionista, intuicionista (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 1397/1398). Cf. também ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 155-157.

⁵⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 158.

⁵⁹⁵ Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 243. Principalmente a liberdade de expressão dá força ao *princípio da oposição*; a oposição é para Rawls algo normal, inerente à vida humana (“a falta de unanimidade faz parte das circunstâncias da justiça”), devendo ser exercida em termos de lealdade (oposição política leal) e, dada sua importância, sendo passível de expressão e proteção pela Constituição. (Ibidem, p. 243)

⁵⁹⁶ Cecília Caballero Lois e Daniel de Lena Marchiori Neto, ao buscarem identificar uma teoria dos direitos fundamentais no âmbito da teoria da justiça como equidade, observam que Rawls não adota uma

(embora ainda assim implicitamente) da teoria de Dworkin, que procura extrair da Constituição americana – bastante sintética e principiológica – princípios de moralidade política que visam exatamente concretizar a igualdade, desempenhando destarte um papel que poderia ser considerado dirigente. Pare ele uma constituição funde questões jurídicas com questões morais.⁵⁹⁷ Atendo-se à situação dos Estados Unidos, ele entende que “[a] Constituição, através da cláusula do processo legal regular, da cláusula de igual proteção perante lei, da Primeira Emenda e das outras disposições (...), injeta uma extraordinária quantidade de elementos de nossa moralidade política na questão da validade de uma lei.”⁵⁹⁸ Os cidadãos podem recorrer a considerações gerais de moralidade política (inseridas na constituição) quando argumentam em favor de direitos a serem garantidos legalmente.⁵⁹⁹ Não parece impossível que num outro contexto (numa outra comunidade política) uma constituição possa derivar outros

compreensão material de constituição, atrelando-a exclusivamente à defesa da liberdade. Cittadino também observa que a constituição de Rawls contém apenas o princípio da liberdade; o princípio da diferença permanece de fora (à margem e acima), e somente aparece quando do exercício da função legislativa, razão pela qual ela conclui que a constituição do liberalismo igualitário desempenha um papel apenas de garantia, de resistência. Esses entendimentos – corretos, à luz do que o próprio Rawls afirma, especialmente em *Uma Teoria da Justiça* – precisam de uma “contextualização” (algo que os comunitaristas estão acostumados em defender). É fato que a constituição, tal como Rawls a descreve, não encampa o princípio da diferença; o conteúdo dos princípios da justiça como equidade e a estrutura institucional que os satisfaz observam quatro etapas: (i) a da posição original, em que sob o véu da ignorância são escolhidos os (dois) princípios de justiça; (ii) a da assembléia constituinte, em que, adquiridos os conhecimentos sobre os fatos gerais da sociedade a que pertencem (recursos econômicos e cultura política), se decide a justiça das formas políticas e os direitos e deveres fundamentais que serão inseridos no arcabouço da constituição, dentre eles estando presentes apenas as liberdades básicas informadas pelo princípio da liberdade igual; (iii) a da construção das leis e das estruturas econômica e social, de posse de maiores conhecimentos e informações sobre a situação de vida concreta, com definição das políticas de bem-estar sócio-econômicas, a partir de quando tem incidência o princípio da diferença; e (iv) a da aplicação das regras pelos juízes e demais autoridades (Administração Pública, inclusive), já no mundo da realidade. Contudo, embora os princípios de justiça escolhidos na posição original sob o véu da ignorância tenham pretensão bastante universalista, sua aplicação à estrutura básica da sociedade, na forma indicada em cada etapa, prende-se a um tipo de sociedade específico, que reúna determinadas *circunstâncias de justiça*, isto é, onde não há nem demasiada escassez nem demasiada abundância de bens, e onde as pessoas, com interesses em parte coincidentes e em parte conflitantes, são mais ou menos iguais entre si e igualmente vulneráveis às agressões dos demais. Por essa razão, não há preocupação em promover a igualdade, porque *no geral* todos se encontram mais ou menos iguais em condições; não é tão grande o abismo que separa quem está nas piores e melhores posições sociais. Não significa que, escolhidos na primeira etapa dados princípios da justiça (os mesmos indicados por Rawls, ou outros que por outras maneiras busquem igualar as pessoas em condições e oportunidades), não se possa, numa etapa imediatamente seguinte, inseri-los na constituição, quando, diante de uma sociedade com um contexto social diferente, se trate de promover mais fortemente essa igualdade. Pelo menos uma teoria que fosse aplicada nesse sentido não poderia deixar de ser considerada uma teoria liberal igualitária. Cf.: LOIS, Cecília Caballero; MARCHIORI NETO, Daniel de Lena. O constitucionalismo de John Rawls: elementos para a sua configuração. Revista da Faculdade de Direito-UFPR, Curitiba, n. 48, pp. 203-218, 2008, p. 208; CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, p. 151; RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 213 *et seq.*; KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls*, pp. 64/65.

⁵⁹⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 159.

⁵⁹⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 329.

⁵⁹⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 285.

princípios morais que assegurem direitos sociais fundamentados na igualdade. O próprio Dworkin extrai direitos prestacionais sociais da Constituição americana: da Décima Quarta Emenda (Cláusula da Igual Proteção da Lei) ele deriva tanto o direito a igual tratamento (*equal treatment*), que garante a todos uma igual distribuição de determinados recursos, oportunidades ou encargos, como especialmente o direito a tratamento como igual (*treatment as equal*), que assegura a todos um igual *status* de dignidade.⁶⁰⁰ Isso obviamente que o liberalismo igualitário e muito menos a Constituição americana se compadeça com a uma proposta normativa dirigente. Conforme observa Cláudio Pereira de Souza Neto, a liberdade e a igualdade são vistas por essas teorias, não como *objetivos*, mas sobretudo como *condições de possibilidade* da democracia constitucional.⁶⁰¹ A “teoria democrático-deliberativa” da constituição supõe um conceito de direitos fundamentais que se apóia em argumentos centrados na própria noção de democracia: “os direitos fundamentais são condições da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo Judiciário contra os arroubos das maiorias eventuais. Ainda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o Judiciário estará exercendo a função de guardião da democracia e se atendo ao campo da imparcialidade política.”⁶⁰²

Há sérias dúvidas sobre uma concepção dirigente que vê a igualdade como objetivo político (obviamente que respeitando as diferenças) excluiria necessariamente uma interpretação dessa mesma igualdade como condição da democracia, como na concepção garantista igualitária.⁶⁰³ O que resta evidente é a tentativa de a teoria democrático-deliberativa do liberalismo igualitário tentar resolver a tensão entre soberania popular, de um lado, e Estado de Direito, de outro, estabelecendo um

⁶⁰⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, pp. 348-350.

⁶⁰¹ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição democracia e igualdade. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=852>. Acesso em: 14 abr.2010, pp. 2-3.

⁶⁰² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição democracia e igualdade, p. 24.

⁶⁰³ O próprio Souza Neto sinaliza nesse sentido ao “esclarecer de que modo esses aspectos de teoria da constituição se relacionam com o Texto Constitucional. Essa nota final é importante para que não restem mal entendidos quanto aos objetivos dos comentários precedentes. Quando o texto normativo já oferece referências seguras e compatíveis com os critérios de justiça estabelecidos no sistema de preceitos constitucionais fundamentais, não há necessidade de se sofisticarem os argumentos. Reconhecer o papel da teoria no momento de concretização do direito não implica sustentar a primazia da construção teórica sobre a norma ou o sistema constitucional. A teoria tem justamente o papel de tornar mais controláveis as decisões tomadas dentro da textura aberta da norma jurídica.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição democracia e igualdade, pp. 26/27)

conjunto de normas moralmente coerentes: tanto para o liberalismo igualitário como para o republicanismo liberal a constituição deve ser um procedimento justo que satisfaz as exigências da liberdade igual para todos, estruturando-se de maneira a legitimar um sistema de legislação justo e eficaz.⁶⁰⁴

⁶⁰⁴ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 241; DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, pp. 2-11, 1995, p. 2.

V. O BOM E O JUSTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A MATRIZ IGUALITÁRIA REPUBLICANO-LIBERAL

Uma análise da Constituição de 1988 revela que no plano ontológico a Assembléia Constituinte de 87/88 partiu de uma concepção holista (em vez de atomista) da sociedade e dos indivíduos. E isso desde as disposições do *preâmbulo constitucional*, quando afirma a reunião dos representantes do povo brasileiro para a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos *construídos intersubjetivamente* por uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a paz.⁶⁰⁵ Também pela constante preocupação com o aspecto social que o texto constitucional revela em várias de suas passagens.⁶⁰⁶

Mas, nesse plano, se é que a Constituição diz algo de contundente sobre as teorias políticas que estão na base de sua elaboração, ela diz, afinal, muito pouco. Como visto, a adoção de uma perspectiva holista alimentada por uma moral social (ética) não é privilégio do pensamento comunitário ou republicano, já que mesmo alguns liberais igualitários como Rawls e Dworkin parecem adotá-la (ainda que em uma medida não tão saliente como fazem os comunitaristas). É antes em outro domínio que esse juízo pode ser feito com maior rigor: as teorias da justiça que

⁶⁰⁵ Henrique Cláudio Lima Vaz observa que a relação de intersubjetividade se desdobra em pelo menos quatro níveis, que se articulam com a forma de existência humana em comum. “O primeiro é o nível do *encontro pessoal* ou do existir interpessoal do *Eu-Tu*, em que se situa a realidade humana do amor na sua tri-unidade de pulsão, amizade e dom (de si ao outro). O segundo, nível do *consenso espontâneo* ou do existir *intra-comunitário*, em que tem lugar a relação *Eu-Nós intra-grupal*, advindo a reciprocidade da convivialidade própria da vida comunitária e de um colaborar espontâneo e cordial nas tarefas da comunidade, relação especificada pela virtude da *amizade*. Em seguida, o nível do *consenso reflexivo* ou do *existir-em-comum* da relação *Eu-Nós extragrupal* ou *intra-societária*, cuja reciprocidade é expressa pelos direitos e deveres dispostos juridicamente, dando-se a passagem da comunidade para a sociedade política heterogênea, sendo essa relação especificada pela virtude da *justiça*. O quarto e mais amplo é o da *comunicação intracultural* ou do *existir histórico* do homem na relação *Eu-Humanidade*, sendo a História, na sua longa dimensão do tempo e do espaço, o englobante último da sociedade humana enquanto tal, estando ligada à história pessoal de cada sujeito pelo universo cultural multifacetado.” (LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Antropologia Filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992, pp. 77-79). Cf. também TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, p. 35.

⁶⁰⁶ É emblemática, nesse sentido, a norma do artigo 3º, inciso I, que alude à “*construção* de uma sociedade livre, justa e solidária” como um dos objetivos fundamentais do Estado. É possível supor que essa “construção” não deva ser feita individual e isoladamente pelo uso de uma razão abstrata, destituída da experiência compartilhada entre os cidadãos brasileiros; ao contrário, ela só poderá ser produto de uma construção (racional) interpessoal, resultante da formação de uma consciência moral intersubjetiva, em um nível intra-societário.

influenciaram a prefiguração do Estado Democrático de Direito brasileiro se tornam mais visíveis num plano promocional ou político-normativo, em que nem tudo precisa ficar apenas pressuposto.

Uma das poucas análises atualmente existentes sobre a idéia ou concepção de justiça subjacente à Constituição de 1988 é aquela feita por Gisele Cittadino em *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva* (2004). Ela identifica na Constituição de 1988 uma predominante dimensão comunitária a partir de três grandes características: (i) a presença de um fundamento ético; (ii) a adoção de um amplo sistema de direitos fundamentais; e (iii) a prescrição de uma série institutos jurídicos que permitem o acesso ao Poder Judiciário para proteção dos direitos assegurados.⁶⁰⁷ A primeira se situa no plano ontológico; as duas outras, no plano promocional ou político-normativo.

Esse ponto de vista parece questionável. Quanto à primeira grande característica, mesmo a constituição de um Estado liberal pode conter uma fundamentação ética, se bem que uma ética liberal: a Ética, enquanto ciência, ocupa-se do *ethos* social, ou seja, da “forma ordenadora da *cultura* enquanto espaço simbólico onde vigoram os costumes do grupo social e se exerce a conduta dos indivíduos”;⁶⁰⁸ o *ethos* de cada sociedade é representando pelas crenças, pelos costumes, pela sabedoria prática, pelos valores construídos e sedimentados por uma dada cultura, abrangendo enfim todas as “representações simbólicas reconhecidas socialmente como *boas*”, como prescritivas de um padrão de bondade para as ações humanas e que dão sentido à vida;⁶⁰⁹ nada autoriza supor que uma dada cultura não possa compartilhar valores éticos liberais, ainda que isso implique em um individualismo metodológico típico de um liberalismo mais radical. No que toca à segunda grande característica, a adoção de um amplo sistema de direitos fundamentais, estabelecido como justificação última para a imposição de deveres e para o cumprimento de metas coletivas estatais, vincula a Constituição de 1988 antes com uma teoria liberal (ou liberal igualitária, já que são contemplados constitucionalmente diversos direitos sociais) do que com a comunitária

⁶⁰⁷ Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, pp. 43/44.

⁶⁰⁸ Henrique Claudio de Lima Vaz, *apud* TOLDEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, p. 26.

⁶⁰⁹ Cf. TOLDEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*, p. 26.

ou republicana.⁶¹⁰ O mesmo se pode dizer da terceira grande característica, que definitivamente vincula a Constituição de 1988 com uma teoria liberal, em que a realização dos direitos ocorre acentuadamente no âmbito jurisdicional (essa é justamente uma das razões das críticas de Sandel e Taylor sobre o que chamam de “procedimentalismo liberal”), e não no âmbito político (Parlamento e outras esferas públicas abertas à participação).

Na verdade, o que faz Cittadino incluir essas três características como inerentes a uma dimensão constitucional comunitária da Constituição de 1988 é que: primeiro, o comunitarismo estaria associado à realização de direitos mediante um comportamento estatal ativo (especialmente com relação aos direitos sociais); segundo, os direitos fundamentais teriam antes uma dimensão axiológica ou valorativa do que deontológica ou normativa; e terceiro, a função do Supremo Tribunal Federal seria uma manifestação antes e essencialmente política do que jurídica.⁶¹¹ Assim, segundo ela, a “linguagem comunitária” do texto da Constituição de 1988 se expressa desde o seu *preâmbulo*, segundo o qual os “direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” são “valores supremos”. Esses valores – depois de positivados na parte articulada do texto constitucional, pela referência ao princípio da dignidade humana (o valor essencial) e demais princípios assecuratórios de direitos – seriam aplicados pelo Poder Judiciário segundo a lógica de ponderação; ademais, a adoção de tais valores tornaria patente que o Estado brasileiro não é neutro.⁶¹² Forte nesta perspectiva, ela entende o papel da Constituição de 1988 como dirigente.

Cittadino está certa quanto ao papel dirigente da Constituição de 1988; mas esse é apenas um de seus papéis. Ela também parece ter razão ao identificar no preâmbulo constitucional um pressuposto holista do qual partiu o constituinte; mas ou ela funde holismo e comunitarismo, ou para ela esse pressuposto holista é inerente

⁶¹⁰ Não significa que a Constituição de 88 não tenha uma dimensão comunitária; ela o tem, embora por limitações de tempo e de espaço essa dimensão não seja aqui explorada. No entanto, esta dimensão não pode ser identificada com o reconhecimento de direitos fundamentais como justificação última das funções do Estado.

⁶¹¹ Cf. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, pp. 43/44. Cittadino refere explicitamente que a dimensão axiológica dos direitos fundamentais supera-lhes a dimensão deontológica (Ibidem, p. 46). Trata-se de uma perspectiva totalmente diferente da do liberalismo, para o qual a ênfase recai sobre a dimensão deontológica.

⁶¹² Cf. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, pp. 46/47.

apenas aos comunitarismos, o que parece um erro na medida em que mesmo algumas teorias liberais (nomeadamente o liberalismo igualitário, nas vertentes de Dworkin e mesmo de Rawls) partem da idéia de que os valores do bom e do justo são compartilhados intersubjetivamente – embora num grau mais brando do que nos comunitarismos.

O seu pensamento parece estar correto ainda quando afirma que o Estado brasileiro não seja (ou não deva ser) neutro; mas uma das mais procedentes críticas do comunitarismo ao liberalismo é a de que não há neutralidade estatal, porque mesmo quando o Estado se define como liberal, já aí está externando a preferência por determinados valores que revelam uma opção axiológica fundamental (ou em favor da liberdade, no caso do liberalismo radical, ou da igualdade de liberdade, no caso do liberalismo igualitário).⁶¹³ Entretanto, esses não são os maiores problemas de sua perspectiva. O problema é que tal perspectiva implica em adotar um conceito muito fraco do que seja “direito” (mais próximo do mero interesse) e, correlatamente, em aceitar a existência de uma ampla discricionariedade no exercício da função jurisdicional (poder-se-ia incluir aqui também a função administrativa), com a mesma amplitude que a discricionariedade política exercida pelo Poder Legislativo – tudo em benefício da coletividade. Além disso, conduz ao risco de se instituir uma tirania dos valores, definidos subjetivamente pelas *maiorias parlamentares de ocasião* e *juízes de turno* (ou ainda pelos *administradores da vez*), reduzindo todas as decisões estatais à lógica da ponderação.

Ao que parece, a maneira pela qual a Constituição de 1988 limita e organiza o Estado nacional, bem como pela qual disciplina sua postura frente à sociedade e aos indivíduos (às pessoas), revelam antes a adoção, como ponto de partida, de uma matriz igualitária com elementos do liberalismo social e do republicanismo liberal. É certo

⁶¹³ Trata-se, não obstante, de uma ética bastante abrangente, que comporta, no plano moral, a livre opção por diferentes concepções de vida boa, sem que o Estado seja levado a escolher uma delas (fomentado-a) em detrimento das demais. Nesse sentido, e a propósito especificamente da Constituição de 1988, Desiree afirma: “A Constituição passa a incorporar um projeto de ordem política, social e jurídica, que não se mostra neutra e não requer obediência em face de sua forma, mas ‘diretamente em virtude da afirmação de um quadro de valores que interpreta o tecido íntimo da sociedade’. Não se trata, no entanto, de plasmar no texto constitucional um ideal de vida boa e impor aos cidadãos. Há, republicanamente, a escolha de valores objetivos, que permite que o indivíduo possa realizar seus projetos e levar a sua vida, desde que não impeça os demais sujeitos de igualmente o fazerem.” (SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral, p. 19)

que a fundamentação ontológica holística e a preocupação com o aspecto social dão a ela um papel não apenas garantista (no sentido negativo), mas em larga medida também dirigente, que ostenta a pretensão de transformar a realidade – mas o faz atribuindo aos direitos um sentido forte. Só que aqui o plano dessas discussões é já bem outro: o plano promocional ou político-normativo.

1 UMA TEORIA FORTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ORIENTADA PELA IDÉIA DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É só por meio do recurso à linguagem que o mundo se dá a conhecer ao ser humano, e é só por meio do recurso à linguagem que se opera a racionalidade: todo o saber se dá “linguisticamente”. Quando se diz que o ser humano só conhece através da linguagem, diz-se que somente é racional porque seu acesso ao mundo se dá via sentido, via significado, via conceitos, via signos lingüísticos: “O ser humano é racional porque é capaz de fazer uso correto de enunciados assertórios predicativos” – afirma Ernildo Stein.⁶¹⁴

É através da interpretação que enunciados lingüísticos que estabelecem normas jurídicas ganham sentido (e isso vale para todas as normas, não apenas para as ambíguas ou obscuras). A idéia de sentido (ou de *valor*, na tradição neokantiana) é o tema principal da hermenêutica, pois é preciso de sentido para se conhecer.⁶¹⁵ A hermenêutica é justamente a atividade de *busca de sentido* – seja a busca de sentido do *homem* (isto é, do próprio *ser-em-sí*, que interpreta), objeto da hermenêutica filosófica, seja a busca de sentido de suas *obras*, de que se ocupa a hermenêutica jurídica (enquanto se detém sobre os *textos das normas do Direito posto* que disciplinam assim a conduta humana como a atuação estatal).⁶¹⁶

Uma leitura da Constituição de 1988 revela que (no plano promocional ou político-normativo) o constituinte inseriu o indivíduo – ou, melhor, a *pessoa humana* – e não a coletividade como um todo considerada no centro das preocupações do Estado

⁶¹⁴ STEIN, Ernildo. Aproximações sobre Hermenêutica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, pp. 14-15.

⁶¹⁵ Cf. STEIN, Ernildo. Aproximações sobre Hermenêutica, p. 21.

⁶¹⁶ Cf. TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito, p. 131.

brasileiro. Conforme afirma Cláudia Toledo, “o *princípio retor* de toda a hermenêutica constitucional é a realização da *liberdade* mediante a implementação dos *direitos fundamentais*. Sendo seu *alicerce*, é disposição central que se *irradia* sobre as demais normas, servindo de *critério* para sua perfeita compreensão (da sua *ratio*), conferindo-lhe *sentido harmônico* seja para sua *fundamentação*, *interpretação* ou *integração*.”⁶¹⁷ Para evitar mal-entendidos, talvez seja melhor dizer que não a *liberdade* (ou a autonomia), mas a *dignidade da pessoa humana* (que em certo sentido e em alguma medida repousa na idéia de liberdade enquanto autonomia) desempenha, ainda que em parte, esse papel de critério hermenêutico constitucional. Tão importante quanto difícil saber quê sentido ou significado intrínseco assume o princípio da dignidade da pessoa humana, importa saber outrossim o sentido ou significado que ele assume para a Constituição e para o Estado nacional.

1.1 Dignidade, liberdade e igualdade: a pessoa no centro das preocupações do Estado

A dignidade da pessoa humana constitui um dos *princípios fundamentais* do Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º, inciso III).⁶¹⁸ Segundo Canotilho, um tal fundamento resulta do postulado “*antrópico*” que supõe um indivíduo conformador de si mesmo e de sua vida segundo seu próprio projeto espiritual.⁶¹⁹ Sua previsão expressa como fundamento da República Federativa do Brasil “significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios.”⁶²⁰ Em semelhante sentido a lição de Ingo

⁶¹⁷ TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito, p. 136.

⁶¹⁸ Uma das significações dos princípios é justamente a de *começo* ou *início*, donde *disposição de princípio* ou *norma de princípio* (norma ou disposição de base), enquanto “mandamento nuclear do sistema.” Na Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana é princípio justamente dessa estirpe. Cf.: SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 91; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, p. 922; GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 158.

⁶¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 225.

⁶²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 225. A pessoa a serviço de quem se acha a República é também alguém que *coopera* com ela, na condição de *cidadão*.

Wolfgang Sarlet, para quem a opção do constituinte revela não apenas uma “decisão fundamental a respeito do sentido [significado], da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado”, senão que implica o reconhecimento categórico de que “é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”⁶²¹ Disso resulta que a dignidade não é apenas fundamento; ela é objetivo do Estado, ocupando assim os *extremos externos* ou *extrínsecos* da existência estatal, como o seu *início* (*fundamento*) e o seu *fim* (*objetivo*). Corroboram essa asserção não apenas a sua evidente inter-relação com o conteúdo normativo (ainda bastante abstrato) do artigo 3º da Constituição – que consagra a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II), a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III) e a promoção indiscriminada do bem de todos (inciso IV) como *objetivos fundamentais* da República. Num Estado de economia capitalista como o brasileiro, resulta interessante a articulação da dignidade com outro fundamento da República: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV). Estes dois conjuntos de valores normativos fundamentais (o valor “individual” da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa) repartem espaço também na disciplina constitucional da ordem econômica – sendo os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa o fundamento dessa ordem, e a dignidade das pessoas como o seu fim (artigo 170, *caput*).⁶²²

Dessa maneira, enquanto princípio *normativo axiológico* fundamental (o que patenteia tanto sua dimensão ético-valorativa como deontológica), a dignidade humana assume – ao lado dos demais princípios fundamentais da República, como a soberania popular, a cidadania, os valores sociais de trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político – a evidente (pleonástica) função orientadora e fundamentadora da maioria das demais normas constitucionais, assim das que consagram direitos fundamentais como das que estatuem competências e políticas de Estado.

A cidadania também foi erigida a um dos fundamentos da república brasileira (artigo 1º, inciso II), mas guarda vínculo mais estreito com as teorias republicanas, objeto de comentário adiante.

⁶²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

⁶²² Cf. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 195.

Barroso observa, no entanto, que se cuida de um conceito ainda em elaboração, para o qual se busca maior densidade jurídica.⁶²³ No Brasil, um dos autores que mais tem se ocupado do conteúdo jurídico desse princípio é justamente Sarlet que, reconhecendo a dificuldade de precisar-lhe o conceito, acrescenta que tal dificuldade reside em que a dignidade se apresenta como uma qualidade *a priori*, inerente a todo e qualquer ser humano como tal, pelo simples fato de sê-lo.⁶²⁴ De fato, a dignidade tem origem nos domínios da Filosofia. Kant foi quem concretizou a secularização do conceito de dignidade (que anteriormente remontava ao pensamento clássico e ao ideário cristão), ao derivá-la da autonomia moral: “Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo encontrado apenas nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da pessoa humana.”⁶²⁵ Daí deriva a idéia de que a pessoa é sempre um fim em si, e não meio para realização de metas coletivas ou individuais de outras pessoas: a dignidade implica na capacidade potencial de cada pessoa determinar sua própria conduta e conduzir por si a sua própria vida. Observa Sarlet que essa capacidade é aferida em abstrato, não dependendo da pessoa em concreto, “de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.”⁶²⁶ Dignidade e liberdade (enquanto autonomia individual), portanto, estão intimamente imbricadas – embora a idéia de dignidade seja mais ampla, como nota Gabardo, na medida em que exige não apenas que cada pessoa seja fim em si mesmo, mas que cada uma *reconheça* as outras como fins em si mesmas.⁶²⁷ Exatamente essa concepção kantiana de dignidade, enquanto qualidade inerente aos indivíduos (às pessoas), por todos

⁶²³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 329.

⁶²⁴ Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 46 *et seq.*

⁶²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 37. A concepção liberal de dignidade da pessoa humana de Kant difere significativamente da concepção comunitária de Hegel, para quem a dignidade constitui uma qualidade que merece ser conquistada e reconhecida pela comunidade (*Ibidem*, pp. 43-44).

⁶²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 53.

⁶²⁷ Cf.: GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*, p. 339; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, pp. 38-39.

reconhecida, é que restou consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948), cujo dispositivo inaugural afirma: “Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”⁶²⁸

A dignidade está intimamente associada à justiça. “Toda forma de aviltamento ou de degradação do ser humano é injusta. Toda injustiça é indigna e, sendo assim, desumana” – averbou Carmem Lúcia Antunes Rocha, para quem a imposição do princípio da dignidade emerge como “imposição do Direito justo”.⁶²⁹ A idéia abstrata de dignidade derivada da concepção kantiana exige, portanto, algum contraponto com a realidade concreta. Sarlet faz alusão a uma dimensão histórico-cultural que procura fixar um conteúdo jurídico material à dignidade, a fim de cobrar a necessária concretização.⁶³⁰ A questão é relevante porque a idéia de dignidade supõe não apenas autonomia ou liberdade, mas igualdade (ou igual autonomia ou liberdade): *todos* os seres humanos são iguais em dignidade; *todos* devem reunir condições para determinar sua própria conduta e conduzir a sua própria vida. Mas, para determinar sua própria conduta e conduzir a sua própria vida é mister meios e recursos, de tal maneira que muita vez não basta ao Estado simplesmente dar “espaço” a que a autonomia individual possa ser exercida, senão que é preciso que assegure condições para tanto, nos casos em que tal autonomia se faça ausente. Conforme afirma Walter Claudius Rothenburg, a igualdade não é “encontrada espontaneamente na sociedade”, senão que é construída a partir de reivindicações, conquistas e ações.⁶³¹ É daí que Sarlet extrai a conclusão de que da idéia de dignidade decorrem tanto limites negativos como

⁶²⁸ Cf.: GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade, p. 339; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, pp. 38-39.

⁶²⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Revista Interesse Público, Porto Alegre, ano 1, n. 4, pp. 23-48, out.-dez.1999, pp. 25-26.

⁶³⁰ “Neste contexto, importa mencionar que a dignidade da pessoa humana, como símbolo lingüístico que também é (e como tal tem sido utilizada), não tendo, como já frisado, um conteúdo universal fixo, no sentido de representar uma determinada e imutável visão de mundo e concepção moral, dificilmente poderá ser traduzida por uma fórmula que tenha pretensão de ser ‘verdadeira’ noção de dignidade da pessoa humana, mas acaba, pelo menos em parte, sendo permanentemente objeto de reconstrução e repactuação quanto ao seu conteúdo e significado.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, pp. 54/55)

⁶³¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 346-347.

obrigações prestacionais positivas para os poderes estatais (e inclusive para a sociedade em geral), que visam dar certo conteúdo jurídico ao princípio da dignidade.⁶³²

Entre tantas celeumas e incertezas que a temática da dignidade e da sua relação com os direitos fundamentais tem despertado, duas questões merecem destaque: primeiro, se a dignidade é ou não um direito fundamental em si (no sentido de um direito jurídico, de um direito positivo); e, segundo, se ela exige e dá suporte a todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição, ou apenas a uma parte deles, a saber, àqueles que garantem um mínimo existencial, e quais seriam os direitos inerentes a este mínimo.

A dignidade é fundamento e objetivo político do Estado. Segundo parece, ela é objetivo político *individual* (e não coletivo), respeitante a uma qualidade inerente a cada pessoa em si (e não ao organismo social enquanto totalidade abstrata) e, embora não chegue a constituir um direito fundamental autônomo, dá suporte ao *sistema* de direitos fundamentais, assegurando uma série de garantias (positivas e negativas) que visam permitir a cada um realizar *autonomamente* os seus planos de vida.⁶³³ No entanto, apenas alguns direitos fundamentais se relacionam mais íntima e diretamente com ela e podem, como base nela, ser *exigidos*. Não se pode dizer que os direitos à educação (artigos 6º, 205 e seguintes) ou à saúde (artigos 6º, 196 e seguintes) guardem a mesma pertinência com a idéia de dignidade que o direito de herança (artigo 5º, inciso XXX), por exemplo.⁶³⁴ Gabardo entrevê na dignidade um conteúdo restrito, na medida em que relacionada a direitos asseguradores de uma autonomia mínima para uma vida decente; mas a autonomia garantida pelos direitos reconhecidos constitucionalmente pretende ir além: mais que uma *vida digna*, a Constituição de 1988 pretende dar condições (recursos, oportunidades) a que todos visem alcançar uma *vida boa*, uma *vida feliz*. A dignidade poderia repartir espaço com a felicidade, como

⁶³² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 58 *et seq.*

⁶³³ Sobre a classificação dos objetivos políticos em objetivos políticos individuais (*direitos e deveres*) e em objetivos políticos coletivos (*metas*), cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, pp. 141-142 e pp. 262-268.

⁶³⁴ Segundo Sarlet, embora seja discutível o argumento de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, por outro lado tais direitos e garantias podem, de maneira e intensidade variáveis, ser reconduzidos à dignidade. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 89.

suporte do sistema de direitos fundamentais relacionados à qualidade de vida das pessoas.⁶³⁵ O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana seria, destarte, formado por um “núcleo material elementar”, composto de “bens e utilidades básicas” indispensáveis à subsistência física e ao exercício da autonomia e da liberdade, a que se tem chamado de “mínimo existencial”. Sem esse mínimo, ou aquém dele, há vida (ou sobrevivência, ou talvez nem isso), mas não vida digna.⁶³⁶ Para além do domínio da *dignidade da pessoa humana*, estar-se-á já no domínio da “felicidade da pessoa humana”, embora a fronteira entre esses domínios seja bastante nebulosa.⁶³⁷

1.2 O conteúdo dos direitos: autonomia, solidariedade e participação

Em despeito das várias formas de classificar os direitos fundamentais, parece apropriada ou pelo menos suficiente aquela que os considera: ou como pretensões de resistência à intervenção estatal (direitos da liberdade individual ou “direitos individuais”);⁶³⁸ ou como pretensões de uma prestação normativa ou material positiva (direitos da liberdade social ou direitos sociais); além da pretensão de participação política ativa (direitos da liberdade política ou direitos políticos).⁶³⁹

⁶³⁵ Cf. GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade, p. 310 e p. 340 *et seq.* Em Sarlet, de outro turno, vida digna é sinônimo de vida boa (ou vida feliz): ele entende dignidade, “não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital) mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável como deflui do conceito de dignidade adotado nessa obra, ou mesmo daquilo que tem sido designado de uma vida boa.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 106.

⁶³⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 337. Para Barroso, “[o] elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental.” (Idem)

⁶³⁷ Um exemplo bastante significativo parece ser aquele inerente ao direito ao trabalho, que poderá estar intimamente relacionado tanto à dignidade (“o trabalho dignifica o homem”), como à felicidade.

⁶³⁸ Esta terminologia (direitos “individuais”) para referir os direitos de resistência é altamente enganadora, na medida em que vários direitos prestacionais e políticos também atribuem ao indivíduo uma determinada posição jurídico-subjetiva, passível de ser exigida do Estado, sendo, destarte, também “individuais”.

⁶³⁹ Cf.: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, pp. 118-136; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2007, pp. 63-80. Sarlet observa que alguns direitos sociais têm caráter de resistência, no sentido de que coloca o particular numa posição jurídico-subjetiva passível de exigir do Estado um comportamento às vezes negativo. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, pp. 218.

No que têm de pertinentes à dignidade (ou mesmo à felicidade), e no que se relacionam ao liberalismo de maneira geral – e ao liberalismo igualitário em particular (inclusive a alguns tipos de republicanismo) –, é possível identificar na Constituição de 1988 uma série de direitos de resistência, inerentes à liberdade: alguns são inequivocamente necessários a garantir uma esfera de autonomia e de inviolabilidade individual (aqui chamados de *direitos inerentes à autonomia moral pessoal*), destinando-se a possibilitar desde uma vida com um mínimo de dignidade até a realização concreta dos projetos particulares de vida boa; outros podem ser considerados *direitos de resistência residuais*.⁶⁴⁰

Podem ser arrolados como exemplos de *direitos inerentes à autonomia moral pessoal* aqueles constantes sobretudo dos incisos iniciais do artigo 5º, os quais permitem identificar desde logo os bens ou os valores que tais direitos protegem – todos relacionados à garantia de condições que permitam aos indivíduos escolher e realizar seus ideais pessoais e planos de vida relacionados a esses ideais. “*Los prerequisites para elección y realización de planes de vida incluyen: una vida psicobiológica, integridad corporal y psicológica, y libertad de movimientos, libertad de expresión, acceso a recursos materiales, libertad de asociación, libertad de trabajo, posibilidad de tener tiempo libre y libertad de prácticas religiosas.*”⁶⁴¹ Muitos

⁶⁴⁰ Discorrendo sobre o princípio da autonomia da pessoa, Nino estabelece uma diferença interessante entre “princípios morais intersubjetivos” (*direitos relacionados à “autonomia moral” social*) e “ideais pessoais de virtude e excelência” (*direitos relacionados à “autonomia moral” individual*). “*Los principios de moral intersubjetiva valoran las acciones de los individuos de acuerdo a sus efectos sobre los intereses o el bienestar de otros individuos (como la prohibición de matar a seres humanos). Los ideales de excelencia personal asignan valor a las acciones por sus efectos sobre la calidad de la vida o el carácter moral del agente mismo (como los ideales de ser un buen padre, un buen patriota, un buen cristiano, o llevar a cabo una vida sexual que satisfaga los deseos de agente, etcétera).*” O valor da autonomia relacionado aos *princípios morais intersubjetivos* têm o predicado de poder limitar-se, o que exige a adoção de princípios que permitam equilibrar adequadamente a autonomia que se limita em relação à autonomia que se protege. Por outro lado, o valor da autonomia relacionado à adoção de *ideais pessoais de excelência ou virtude* não encontra limitação, na medida em que não são afetados interesses de terceiros. Donde, do pressuposto geral do valor da *autonomia moral*, Nino deriva o *princípio da autonomia pessoal*, que proíbe a interferência na livre escolha de ideais de excelência humana: “*El reconocimiento de este principio de autonomía personal, que es una característica distintiva de la concepción liberal de la sociedad, excluye el perfeccionismo, posición de acuerdo con la cual es legítima la acción del Estado que impone ideales de virtud personal.*” Cf. NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, pp. 75-77. O que Nino chama de *moral intersubjetiva*, enquanto valorização social que procura regular externamente decisões e ações individuais, pode ser chamado de “ética”, assim como o que ele chama de *pessoal* pode ser chamado de “moral”, na medida em que relacionado a uma instância de regulação interna da conduta individual.

⁶⁴¹ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, p. 77. Dentre vários direitos arrolados no artigo 5º, seriam exemplos, os seguintes: a igualdade de tratamento entre homens e mulheres (inciso I); a reserva de lei, que garante a autonomia individual contra imposições arbitrárias (inciso II); a proibição da tortura e de qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante (inciso III); a liberdade de

dos direitos inerentes à autonomia asseguram uma esfera moral de inviolabilidade impenetrável (ressalvadas apenas as restrições autorizadas pela própria Constituição) quer pelo poder do Estado, quer por terceiros: a inviolabilidade da liberdade de consciência, de crença e de culto religiosos (inciso VI); a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X); a inviolabilidade do domicílio, ressalvadas as hipóteses de flagrante delito, de desastre, de prestação de socorro e (desde que durante o dia) de determinação judicial (inciso XI); a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, ressalvada a quebra, por determinação judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (inciso XII). Segundo Nino, enquanto os direitos de autonomia visam na sua maioria proteger o indivíduo contra pretensões perfeccionistas, os direitos invioláveis visam protegê-los contra pretensões coletivistas; além disso, os direitos invioláveis de uns funcionam também como limitadores da autonomia individual de outros indivíduos.⁶⁴²

A Constituição ainda prevê uma série de outros direitos de resistência (*derechos de resistencia residuais*) inerentes à liberdade que todavia não se relacionam diretamente com a autonomia ou autodeterminação individual, e que se encontram em boa parte no mesmo artigo 5º – como são exemplos o acesso à jurisdição em face de lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV); a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (inciso XXXVI); a inexistência de crime sem prévia lei que o defina, nem de pena sem prévia cominação legal (inciso XXXIX); a

manifestação do pensamento (inciso IV); a proteção ao patrimônio individual material e moral, incluída a imagem (inciso V); a liberdade de convicção filosófica e política (inciso VIII); a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (inciso VII); a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX); a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas eventuais qualificações profissionais exigidas por lei (inciso XIII); o acesso à informação (incisos XIV e XXXIII); a liberdade de locomoção das pessoas e de circulação de bens no âmbito do território nacional em tempo de paz, nos termos da lei (inciso XV); a liberdade de associação (incisos XVI a XXI); o direito de propriedade, assegurado o direito à indenização em regra nos casos de desapropriação, e eventualmente nos casos de requisição temporária (incisos XXII, XXIV e XXV);⁶⁴¹ os direitos autorais (incisos XXVII a XXIX); o direito de herança (inciso XXX); a gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito aos pobres, bem como, para todos, dos demais atos necessários ao exercício da cidadania (incisos LXXVI e LXXVII).

⁶⁴² NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, pp. 76/77 e p. 80. Nino fala em *holismo*, mas o sentido em que esta expressão é empregada parece ser diferente: “*Las posiciones holistas no tiene en cuenta*” – segundo ele – “*consideraciones de distribución ya que ellas admiten, como una cuestión de principio, compensaciones interpersonales de beneficios y daños o cargas. Entre las concepciones holistas, la visión colectivista es una especie de particular importancia. Los colectivistas reconocen la existencia de una entidad colectiva que constituye una persona moral independiente con intereses irreductibles.*” (Ibidem, p. 79)

irretroatividade da lei penal mais gravosa (inciso XL); a individualização e a humanização das penas, limitadas, entre outras, à privação ou restrição da liberdade, perdimento de bens, multa, prestações sociais alternativas, suspensão ou interdição de direitos, sendo proibidas as de morte (salvo em caso de guerra declarada), perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis (incisos XLV a XLVIII); respeito à integridade física e moral dos presos (inciso XLIX); asseguramento de condições especiais a presidiárias em fase de aleitamento (inciso L); o asseguramento do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (incisos LIV e LV); o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (inciso LXIV).⁶⁴³ Ainda outros direitos de resistência são assegurados pelas normas que estabelecem limitações constitucionais ao poder de tributar do Estado (regulamentadas, ademais, por normas infraconstitucionais que exigem quórum qualificado para aprovação, conforme resulta do artigo 146, incisos II e III), visando assegurar um regime de igual liberdade. É o caso, por exemplo, do artigo 150, que agasalha: o princípio da legalidade tributária (inciso I); o princípio da isonomia (inciso II); o princípio da irretroatividade e anterioridade da lei (inciso III); o princípio da proibição do confisco (inciso IV); o princípio da liberdade de circulação de pessoas e bens, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público (inciso V); entre outras normas que consagram medidas ou imunidades

⁶⁴³

Outros seriam: a proibição de júzo ou tribunal de exceção (inciso XXXVII); a instituição do júri para o julgamento soberano dos crimes dolosos contra a vida, com asseguramento da plenitude de defesa e de sigilo nas votações (inciso XXXVIII); o asseguramento do juiz natural (inciso LIII); a proibição das provas processuais obtidas ilicitamente (inciso LVI); a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII); a limitação dos casos de identificação criminal (inciso LVIII); a admissão da ação privada subsidiária (inciso LIX); a ampla publicidade processual, ressalvados exigências de defesa da intimidade ou do interesse social (inciso LX); proibição de extradição do brasileiro nato e, ressalvados os casos de crime comum praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, inclusive do naturalizado (inciso LI); proibição de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (inciso LII); a proibição da prisão, a não ser em situação de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (incisos LXI e LXVI); a comunicação imediata da prisão ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (inciso LXII); a informação ao preso de seus direitos, inclusive do direito ao silêncio, da assistência à família e da assistência por advogado (inciso LXIII); relaxamento judicial imediato da prisão ilegal (inciso LXV); proibição da prisão civil, salvo a do devedor de pensão alimentícia e do depositário infiel (inciso LXVII); assistência judiciária integral e gratuita aos que necessitarem (inciso LXXIV); direito de indenização ao condenado por erro judiciário e ao que ficar preso além do tempo devido (inciso LXXV); direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII).

asseguradoras tanto da liberdade de culto como da liberdade política e da liberdade de informação (inciso VI, alíneas “b”, “c” e “d”, e parágrafo quinto).⁶⁴⁴

Esses direitos – assegurados indistintamente a todos (em termos formais, todos são *iguais perante a lei*, a teor do artigo 5º) – são de cariz indisputavelmente liberal, mas o liberalismo da Constituição de 1988 estaria muito próximo dos liberalismos mais radicais (o liberalismo clássico e o libertarianismo) se os direitos fundamentais se detivessem aí. Entrementes, há nela um forte componente solidário que compromete o Estado brasileiro tanto com o liberalismo igualitário como com um republicanismo liberal: a dignidade não é privilégio de uns poucos bem-aventurados, senão que é um valor cuja universalização deve ser buscada pelo Estado (e às vezes pela própria sociedade). Parece que a Constituição de 1988 aceita a crítica igualitária dirigida à despreocupação do liberalismo radical com a situação dos menos favorecidos e com o exclusivo papel do mercado e da propriedade privada para a promoção da autonomia pessoal. Segundo Nino, a liberdade negativa (ou formal) é um bem que não comporta distribuição: “*yo soy libre no importa cuán libre sean los demás, a pesar de cualquier interdependencia causada entre mi propia libertad y la de los otros.*”⁶⁴⁵ Mas a igualdade é, por seu turno, um bem ou valor necessariamente relacionado à distribuição de outros bens ou valores: “*Esto sugiere la posibilidad de una combinación entre los dos valores: lo que se requiere es una igual distribución de libertad.*”⁶⁴⁶ Nessa ordem de idéias, deve-se buscar assegurar a autonomia a todos através da igualação das pessoas em outros valores, como pela eliminação de necessidades básicas – donde segue que a autonomia e a inviolabilidade de alguns direitos poderão ser limitados uma vez que se trate de garantir a autonomia e a dignidade daqueles que não as têm, ou as têm diminuída.⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ Mesmo que de maneira não tão direta, de certa forma todas as normas do Título VI – que trata *Da Tributação e do Orçamento* (artigos 145 a 169) – consistem em uma série de limitações ao poder tributário estatal, na medida em que prescrevem condicionantes (requisitos, instrumentos, procedimentos) que o Estado é obrigado a observar no exercício do poder de tributar e no desenvolvimento da atividade tributária.

⁶⁴⁵ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, p. 88.

⁶⁴⁶ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, p. 88.

⁶⁴⁷ Cf. NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, p. 87 *et seq.*, especialmente p. 90. Em síntese, afirma Nino: “*Estos tres principios (autonomía, inviolabilidad y dignidad) constituyen una base amplia de la cual se deriva un considerable grupo de derechos individuales que conforman la dimensión ideal substantiva de la constitución compleja. El principio de la autonomía personal determina los bienes que son el contenido de aquellos derechos; la inviolabilidad de la persona describe la función de aquellos derechos a través de establecer barreras de protección de los intereses individuales contra demandas*

“Cabe ao direito, então” – afirma Rothenburg – “não apenas defender a igualdade contra violações, mas também promover a igualdade com distinções.”⁶⁴⁸ O valor da igualdade material, aquele tipo de igualdade buscada (diante de um contexto de desigualdade considerável ou extrema) marca forte presença na Constituição de 1988. Um bom exemplo é a sobrevalorização do trabalho. Não apenas são reconhecidos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa enquanto fundamentos do Estado (artigo 1º, IV), senão que a Constituição indica a *valorização do trabalho* e a *livre iniciativa* (artigo 170, cabeça) como fundamento também da Ordem Econômica, dando a entender que o trabalho é objeto de maior valoração em relação à livre iniciativa.⁶⁴⁹ Várias outras disposições procuram proteger, no âmbito da livre concorrência, o pequeno e o médio em face do grande empresário (artigo 170, cabeça e incisos II, IV, VII, VIII e IX). O princípio da igualdade material (igualdade de liberdade ou de autonomia ou de dignidade) parece resultar também do artigo 5º, cuja cabeça afirma não só que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, senão que garante expressamente “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito (...) à igualdade.” Essa dupla menção à igualdade (*igualdade perante a lei e inviolabilidade do direito à igualdade*) não pode ter sido de balde: se a primeira referência denota um sentido claramente formal, a outra só pode assumir um sentido substantivo. A igualdade material é, também, um dos objetivos fundamentais da República, conforme se depreende do artigo 3º, incisos III e IV; este último inciso evidencia que há alguns tipos de *discriminação necessária e*

basadas sobre intereses de otras personas o de algún interese coletivo; y la dignidad de la persona da lugar a un tratamiento dinámico de los derechos al permitir el consentimiento de los individuos para servir de fundamento a las responsabilidades y obligaciones que los limitan. Este grupo formado por estos tres principios define una concepción liberal de la sociedad, que rechaza el perfeccionismo, el holismo y el determinismo normativo.” (Ibidem, p. 87) Ao final, contudo, Nino reformula o *princípio da inviolabilidade da pessoa*: enquanto em sua versão liberal tradicional tal princípio proíbe a limitação da autonomia de uma pessoa com o único propósito de ampliar a autonomia de outra, entende ele que essa proibição não ocorre quando se trata de ampliar a autonomia de quem a tem diminuída.

⁶⁴⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, p. 352.

⁶⁴⁹ Isso parece decorrer claramente do próprio enunciado textual do dispositivo. A cabeça do artigo 170 afirma que a ordem econômica se funda *na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*, o que indica que um dos fundamentos, o trabalho humano, desfruta de uma maior precedência ou hierarquia material em relação à livre iniciativa, já que só ele é valorizado (ou mais valorizado). Note-se que o citado dispositivo não afirma que a ordem econômica se funda “na valorização do trabalho humano e na valorização da livre iniciativa”, ou “na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa”, ou “na valorização do trabalho humano e na da livre iniciativa” – como se os dois fundamentos fossem igualmente valorizados. Cf. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 202. Essa idéia parece ser corroborada pela dicção do art. 183, que afirma o primado (apenas) do trabalho como fundamento também da ordem social.

outros de *discriminação proibida*: se por um lado a Constituição busca igualar pessoas desiguais mediante tratamentos diferenciados (discriminação positiva), por outro ela mesmo proíbe vários fatores de desigualação (discriminação negativa), tais como “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade”, entre outras formas.⁶⁵⁰ A igualdade é exigida em regra; a discriminação (positiva) só se justifica quando a desigualdade de fato inferiorizar quem se encontra em situação desigual.⁶⁵¹

Mas as mais sensíveis normas que buscam igualar as pessoas em condições, visando possibilitar a todos levar uma vida no mínimo digna, são aquelas que asseguram direitos a prestações sociais. Tais seriam os direitos à educação, cultura e desporto (artigos 6º e 205 a 214, 215 e 217), à saúde (artigos 6º e 196 a 200), à alimentação (artigo 6º), ao trabalho (artigos 6º e 7º a 11), à moradia (artigo 6º), à segurança (artigo 6º), à previdência social (artigos 6º e 201 a 202), à proteção da maternidade e da infância (artigos 6º e 227 a 229), e à assistência aos desamparados (artigos 6º, 203 a 204 e 229).⁶⁵² Note-se que alguns deveres são atribuídos não só ao

⁶⁵⁰ Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, pp. 351-354. No artigo 5º se acham várias proibições de tratamento desigual, bem como normas que visam sancionar a discriminação proibida, tais como: a previsão legal de punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI); e a criminalização da prática do racismo (artigo 5º, inciso XLII).

⁶⁵¹ Quando se trata de proteger e promover determinada cultura, a questão da igualdade e da diferença assume especial relevo. Conforme observa Álvaro de Vita, num contexto liberal, o direito à diferença é assegurado pelo próprio direito à liberdade: as pessoas são livres para cultivar (ou não) os traços identitários próprios de seus ancestrais, e o poder coercitivo do Estado não pode ser usado para tomar partido de ou favorecer determinadas formas de vida em prejuízo das demais. Uma orientação diferente normalmente exsurge no contexto de um Estado multiculturalista ou comunitarista: aqui o Estado pode usar da coerção (mais que simplesmente permitindo, mas especialmente proibindo, obrigando) de maneira a proteger determinadas culturas, tal como Taylor dá conta de que ocorre em Quebec. Boaventura de Souza Santos estabelece uma orientação meridiana, quando observa: “*Probablemente todas las culturas tienden a distribuir a las personas y los grupos de acuerdo con dos principios competitivos de pertenencia jerárquica – intercambios desiguales entre iguales, como la explotación, y reconocimiento desigual de la diferencia como el racismo o el sexismo – y, de este modo, de acuerdo con concepciones competitivas de la igualdad y la diferencia. Bajo tales circunstancias, ni el reconocimiento de la diferencia ni el reconocimiento de la igualdad serán suficientes para fundar una política multicultural emancipadora. El siguiente imperativo transcultural debe entonces ser aceptado por todas las partes en el diálogo si la hermenéutica diatópica quiere tener éxito: las personas tienen el derecho a ser iguales cuando la diferencia las haga inferiores, pero también tienen el derecho a ser diferentes cuando la igualdad ponga en peligro la identidad.*” (SANTOS, Boaventura de Souza. *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. Tradução de Libardo José Ariza. *El Otro Derecho*, Bogotá, n. 28, pp. 59-84, jul.2002, pp. 80/81) Em termos de identidade cultural, a Constituição de 1988 contém normas que dão uma certa ênfase no dever do Estado de promover a cultura indígena, por exemplo (artigos 215 e 216 e 210, § 2º), indo além da simples consagração da liberdade (ou permissividade) em viver sob uma dada forma cultural de vida. Sobre a maneira liberal e republicano-comunitária de proteção das diferentes identidades culturais, cf.: VITA, Álvaro de. *Liberalismo igualitário e multiculturalismo*, pp. 5-27; e TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, pp. 241-274.

⁶⁵² A cabeça do artigo 6º reconhece o direito ao lazer, enquanto o artigo 7º, inciso IV estabelece um dos meios de se garantir o seu exercício: através da fixação de um valor adequado a título de salário mínimo. Pode haver dúvidas sobre se outros direitos sociais assegurados constitucionalmente (como o direito ao desporto,

Estado, mas também à sociedade: a educação, por exemplo, é de incumbência também da família, que deve promovê-la e incentivá-la “com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (artigo 209); a família e a sociedade repartem com o Estado também o dever de “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (artigo 227); e os três têm ainda o “dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (artigo 230).

Se os direitos da liberdade (direitos de resistência) procuram assegurar uma igual esfera de inviolabilidade aos indivíduos contra intromissões arbitrárias do Estado (ou mesmo de terceiros), assegurando-lhes maior autonomia, os direitos sociais visam justamente ampliar a esfera de autonomia daqueles que se encontram em uma situação tal que não desfrutam, na prática, de autonomia nenhuma. Conforme observa Clèmerson Merlin Clève, não basta a afirmação jurídica da *liberdade*, pois o exercício desse direito pressupõe *capacidade* para gozá-la: “O direito de livre expressão pressupõe a capacidade de exteriorização e de organização dos recursos intelectuais; o direito à inviolabilidade do domicílio pressupõe a prévia existência de uma casa, de uma moradia, de um domicílio. O direito à educação pressupõe a existência de meios (alimentação, vestuário) sem os quais, ainda que oferecida gratuitamente pelo Estado, não poderá ser usufruída.”⁶⁵³

Duas observações, que justificam a identificação dessa matriz teórica igualitária *republicano liberal* na Constituição de 1988, são importantes. Em primeiro lugar, é característica dos liberalismos (inclusive do liberalismo igualitário) a existência de uma esfera de liberdade pessoal que permita aos indivíduos planejar e

disciplinado no artigo 217) integram o mínimo existencial relacionado a uma vida digna, mas parece isento de dúvidas que pelo menos o lazer não faz: trata-se de um *plus*, que para além da vida digna, se relaciona com a vida boa. Não obstante, o inciso IV do artigo 7º alude ao lazer como uma das “necessidades vitais básicas”.

⁶⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, pp. 127/128.

realizar por si seus ideais de vida, para tanto sendo necessário um Estado que respeite e garanta em larga medida essa autonomia individual; e a Constituição de 1988 possui, como visto, direitos que asseguram essa autonomia aos indivíduos. Em segundo lugar, uma vez que várias pessoas se encontram em situações e ocupam posições extremamente desiguais na sociedade, muitas das quais, por tão precárias, não lhes conferem um mínimo de autonomia que permita viver sequer uma vida digna (quanto mais uma vida boa, planejada e realizada), o que a crítica igualitária defende é exatamente a distribuição justa dos benefícios da cooperação social, visando conferir a todos igual autonomia; e a julgar pela inserção do princípio da (igual) dignidade humana como fundamento e objetivo do Estado, bem como pelo extenso catálogo de direitos prestacionais, que têm em mira superar ou amenizar as desigualdades sociais, parece apropriado concluir que a Constituição encampa essa crítica igualitária, já que é visível sua preocupação com a situação dos menos favorecidos e com o papel exclusivo do mercado e da propriedade privada para a promoção da autonomia pessoal.⁶⁵⁴

É importante notar que essa preocupação com o social, que exige que os benefícios do convívio em sociedade (produzidos por uns, mais favorecidos) sejam igualmente distribuídos a outros (menos favorecidos), não subverte o liberalismo: isso porque não há “coisificação” ou “instrumentalização” de algumas *pessoas* (mais favorecidas) para realização de metas ou fins individuais de outras;⁶⁵⁵ são elementos externos a elas (os próprios *benefícios sociais produzidos*, normalmente recursos) que são distribuídos entre os demais (menos favorecidos).⁶⁵⁶ Aqueles que contribuem mais para geração de bens sociais distribuíveis não se tornam indignos por tais bens serem distribuídos entre os demais, que contribuem menos ou que sequer têm condições de contribuir, por serem extremamente necessitados.⁶⁵⁷ Além disso, em regra são

⁶⁵⁴ Cf. NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, p. 88.

⁶⁵⁵ Cf.: FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*, pp. 36; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 59; DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo; revisão da tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 338.

⁶⁵⁶ É emblemático, nesse sentido, o imposto sobre grandes fortunas (artigo 153, inciso VII), que, no entanto, não foi até hoje regulamentado.

⁶⁵⁷ “Existem” – segundo Álvaro de Vita – “três tipos de bens que são relevantes para uma teoria da justiça distributiva: bens que são passíveis de distribuição, tais como a renda, a riqueza, o acesso a oportunidades educacionais e ocupacionais e a provisão de serviços; bens que não podem ser distribuídos diretamente, mas que

funcionalizados bens e direitos patrimoniais, como por exemplo a *propriedade*, que deve cumprir sua função social (artigos 5º, incisos XXII e XXIII; 170, inciso III; 182, parágrafo 2º; 185, parágrafo único; e 186), podendo ser desapropriada por interesse social ou por necessidade ou utilidade pública, ou ainda a título de sanção, sem embargo de poder ser requisitada temporariamente (artigos 5º, incisos XXIII a XXIV; 182, parágrafo 4º, inciso III; 184; e 243) – entre outras instituições fundamentais ao bom funcionamento do mercado, como a *estruturação do sistema financeiro nacional* (artigo 192) e a *constituição de empresas estatais para desenvolvimento de atividade econômica* (artigo 173), ambos com a finalidade de atender a interesses coletivos.⁶⁵⁸

Uma última observação quanto aos direitos sociais – que também os compromete mais com uma teoria liberal-republicana do que comunitária ou republicano-comunitária – consiste em que eles são todos (ou quase todos) de titularidade e fruição individual: é o caso da educação, da seguridade social, do trabalho, da moradia, do lazer, etc. Mesmo alguns “direitos coletivos” – como a liberdade de reunião e de associação (artigo 5º, incisos XVI e XVII) e a liberdade para criação de partidos (artigo 17) – possuem apenas uma “expressão coletiva”, de modo que sua fruição deve ser feita em grupo, mas a titularidade permanece individualizada: cada pessoa, individualmente, *detém* o direito (*exercido* juntamente com outras) de se reunir, de se associar, de filiar-se em partido político.⁶⁵⁹

são afetados pela distribuição dos primeiros, tais como o conhecimento e o auto-respeito; e bens que não podem ser afetados pela distribuição de outros bens, tais como as capacidades físicas e mentais de cada pessoa.” (VITA, Álvaro de. Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva, p. 41).

⁶⁵⁸ Por um lado, excepcionalmente alguns direitos não-patrimoniais são funcionalizados. É o caso, por exemplo, do direito de greve (artigos 9º e 37, inciso VII). Por outro, alguns direitos patrimoniais são protegidos. A Constituição assegura, por exemplo: a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família “para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento” (artigo 5º, inciso XXVI); a imunidade ao imposto territorial rural (ITR) às pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel (artigo 153, parágrafo 4º, inciso II); a insuscetibilidade de desapropriação, para fins de reforma agrária, da pequena e média propriedade rural, quando o seu proprietário não possuir outra (artigo 185, inciso I); tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte (artigos 146, inciso III, alínea “c”; 170, inciso IX; e 179).

⁶⁵⁹ Direitos de titularidade (e fruição) coletiva seriam, indiscutivelmente, os direitos a um *meio ambiente equilibrado* (artigo 225) e à *proteção e promoção da cultura* (artigos 215 e 216). De maneira não tão clara, seriam também “direitos” coletivos aqueles inerentes à *paz* (artigo 4º, inciso VI) e ao *desenvolvimento* em seus vários segmentos (artigos 3º, inciso II; 21, inciso IX; 23, parágrafo único; 43; 151, inciso I; 163, inciso VII; 174, parágrafo 1º; 180; 182; 192; 200, inciso V; 212; 214; 215, parágrafo 3º; 218; 219). Cf.: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, pp. 118-136; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, pp. 128-130.

Por fim, além de direitos inerentes à liberdade (em regra direitos de resistência) e à igualdade material (em regra direitos prestacionais), a Constituição de 1988 assegura também uma série de direitos políticos (direitos de participação direta e indireta) – localizados especialmente nos artigos 14 e 15. Conforme anota Clèmerson M. Clève, a República brasileira, como a imensa maioria dos Estados, não abre mão da representação política, que conta com uma participação indireta; no entanto, vislumbra-se uma ampliação da noção de cidadania (que se refletirá no modelo institucional de democracia) que abre espaço para as pessoas participarem cada vez mais e mais diretamente na formação da vontade estatal – seja no âmbito do Poder Legislativo, seja do Executivo ou mesmo do Judiciário.⁶⁶⁰ A aproximação dessa categoria de direitos com o republicanismo é inevitável, já que é típica desta corrente a idealização de pessoas como cidadãos ativos, isto é, como participantes efetivos nos negócios da *polis*. Na Constituição de 1988, no entanto, essa aproximação se dá em maior grau com um tipo de republicanismo liberal. Várias normas constitucionais deixam entrever que foi constitucionalmente valorizada a participação popular direta e ativa na organização e formação da vontade política estatal – como se vê, por exemplo, das normas que contemplam mecanismos de democracia participativa como *plebiscito* (artigo 14, inciso I), *referendo* (artigo 14, inciso II), *iniciativa popular* de projeto de lei (artigos 14, inciso III, 27, parágrafo 4º; e 29, inciso XIII), *audiências e consultas públicas* (artigo 58, parágrafo 2º, inciso II).⁶⁶¹ Mas essa participação não é (pelo menos em regra) imposta como dever, senão que é prevista como faculdade, é dizer, como direito, remanescendo uma reserva de liberdade entre participar ou não.⁶⁶²

⁶⁶⁰ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito), pp. 16-17.

⁶⁶¹ A Constituição não assegura o direito de participação apenas no âmbito do Poder Legislativo. Assegura-o também no âmbito do Poder Executivo, especialmente pela inserção em conselhos de participação popular – como os que congreguem interesses profissionais (artigo 10), os de planejamento municipal (artigo 29, inciso XII), os de seguridade social (artigo 194, inciso VII), de saúde (artigo 198, incisos I e III), de assistência social (artigo 204), de educação (artigo 206, inciso VI) –, e também pela possibilidade de reclamação nas ouvidorias públicas (artigo 37, parágrafo 3º, inciso I), remetendo à lei a regulamentação de outras formas de participação (artigo 37, parágrafo 3º). Clèmerson M. Clève observa que além dessas formas de participação regulada há ainda formas de participação de fato no âmbito do Poder Executivo (tanto quanto no âmbito do Poder Legislativo), algumas públicas e legítimas (como movimentos sociais organizados e as manifestações de rua), outras às vezes ocultas e ilegítimas (como algumas atividades de *lobbies* e grupos de pressão). Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito), p. 31.

⁶⁶² O que a Constituição de 1988 afirma em termos de dever, e que indiscutivelmente pode ser associado a um republicanismo mais forte, é o serviço militar obrigatório, ou algum outro serviço alternativo para aqueles

Enseja, talvez, alguma discussão e dúvida o exercício ativo do direito de sufrágio, diante da dicção do artigo 14, parágrafo 1º, incisos I e II, alínea “b”, na medida em que afirma a obrigatoriedade do voto para os maiores de dezoito e menores de setenta anos.⁶⁶³ A questão se prende a como se interpreta o voto: se como mero comparecimento, ou como ato de escolha positiva. Não há dúvida de que ele é um direito subjetivo, e de que é concomitantemente um dever e uma função *sociais*: os cidadãos têm o dever social de escolher seus representantes (ainda que seja o “menos desqualificado” ou “menos ruim”, porque afinal alguém precisa desempenhar os misteres políticos), dando-se essa escolha em função da soberania popular. Mas o dever jurídico se limita apenas ao *voto enquanto comparecimento*, e não como manifestação de uma vontade positiva no sentido de o cidadão ter que escolher algum dos candidatos a representante; o cidadão deve comparecer, mas pode “anular o voto” ou “votar em branco”.⁶⁶⁴ De maneira que mesmo nesse aspecto o direito ao sufrágio se apresenta sob as vestes de um republicanismo mais próximo do liberalismo igualitário do que do comunitarismo. Note-se que, mesmo em despeito de algumas restrições (como aquelas arroladas nos parágrafos 3º, 4º, 7º e 8º do artigo 14), os direitos políticos são assegurados sempre em condições de *igualdade*. Ainda a propósito dos direitos-deveres, assume também especial conotação igualitária – tanto relacionada ao *liberalismo* (no sentido de que busca assegurar a autonomia emancipatória a todos) como ao *republicanismo* – a educação. Ela não se afigura apenas como um direito fundamental (essencial na medida em que assegura o desenvolvimento e capacitação da pessoa para o trabalho, dando-lhe condições para viver dignamente e bem), mas também como um dever (essencial para prepará-la para o exercício da cidadania) – conforme resulta claramente do artigo 208, inciso I e parágrafo 1º.

Outros deveres de solidariedade – claramente identificáveis quer com o liberalismo igualitário, quer com o republicanismo –, são atribuídos à família, à sociedade e ao Estado, como os de *assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem*, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer,

que, em tempo de paz, apresentarem alguma objeção de consciência – ou ainda outro encargo que a lei determinar para mulheres e eclesiásticos, em tempos de guerra (artigo 143).

⁶⁶³ Cf. SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral, p.

54.

⁶⁶⁴

Cf. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, pp. 357/358.

à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; ou os de *amparar os idosos*, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (artigos 227 e 230). Aos pais especificamente, são atribuídos os deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, assim como por outro lado são atribuídos aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (artigo 229).

1.3 O conceito de “direito” (*right*) e a densidade normativa de seu conteúdo mínimo

A Constituição de 1988 reconhece direitos inerentes à liberdade, à igualdade e à participação que visam assegurar à pessoa uma esfera de autonomia pessoal e política. Uma vez que as normas que asseguram direitos têm também uma dimensão axiológica, não se pode dizer, à partida, que esta Constituição se estrutura a partir de uma matriz igualitária republicano liberal. Os comunitaristas também falam em direitos fundamentais, se bem que emprestem a esta categoria um sentido totalmente diferente: os direitos são antes de tudo valores que, pela via da interpretação, se convertem em instrumentos de realização política.⁶⁶⁵ É preciso buscar uma base mais segura para a identificação da Constituição com o ideário republicano liberal – ainda que essa identificação possa não ser total, mas apenas “matricial”.

A base dessa identificação fica por conta não apenas pela inserção da pessoa (em vez da coletividade) no centro das preocupações do Estado. É absolutamente importante ter em mente o conceito que se adota de “direitos” – isto é, se como algo que pode ser *exigido* pelo cidadão (condicionando, a partir daí, toda função estatal e todas as metas coletivas de bem comum ou interesse público), ou como algo que *pode*

⁶⁶⁵ Gisele Cittadino afirma que tanto os liberais como os comunitários (e ainda os procedimentalistas ou críticos-deliberativos) defendem a constitucionalização de direitos fundamentais nas democracias atuais, mas divergem largamente quanto ao papel que uma constituição e seu sistema de direitos fundamentais devam desempenhar. Ela, que assume uma posição assumidamente comunitarista, empresta maior relevo à dimensão política dos direitos fundamentais, vendo-os como valores éticos que devam ser satisfeitos na conformidade com o bem comum. Cf. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, pp. 65 e 146.

ser promovido pelo Estado enquanto questões eminentemente políticas, ou de oportunidade e conveniência. Em outros termos, cuida-se de responder à mesma pergunta feita por José Reinaldo de Lima Lopes a partir dos padrões normativos distinguidos por Dworkin: “Os direitos sociais estão [na Constituição de 1988] como proposições de direito ou de política?”⁶⁶⁶

Essa distinção é importante na medida em que as políticas públicas que visam a realização de metas coletivas cuidam predominantemente de questões de bem comum ou interesse público, donde o desenvolvimento da ação estatal seja exercido segundo juízos de discricionariedade, tanto política como administrativamente; é dizer, assim o Poder Legislativo como o Poder Executivo (no que dependa de cada um) têm às vezes maior liberdade em ponderar e decidir quando e como agir. Isso já não acontece diante da existência de um autêntico direito do interessado: ao Estado já não subsiste discricionariedade, mas vinculação; ele é obrigado a agir, e a agir eficazmente.⁶⁶⁷

Pela forma como tratados pela Constituição de 1988, os direitos ostentam uma forte dimensão deontológica. Embora esta dimensão seja mais evidente nos direitos de resistência (direitos “individuais”) e de participação (direitos políticos), ela está presente também nos direitos a prestações (direitos sociais). Parece não haver dúvidas de que os direitos sociais ocupam um lugar central na arquitetura constitucional, sendo

⁶⁶⁶ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social brasileiro. In: FARIA, José Eduardo (Org). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 125.

⁶⁶⁷ Vanice Regina Lírio do Valle fala em “omissão constitucionalmente relevante” dos poderes públicos, dentre os quais o Poder Legislativo, no que tange a sua função típica. “É justamente desse caráter de articulação entre o jurídico e o político que decorrerá a imperiosidade de se reconhecer ao legislador, não só a competência para a edição em si das regras gerais de conduta, mas também a compreensão de que essa mesma competência contém em si o indispensável elemento de avaliação da oportunidade para o seu exercício. Assim, a produção de normas não se constitui, em condições normais, propriamente em um dever, na medida em que o legislador pode entender até mesmo não restar ainda suficientemente esclarecido qual seja a vontade geral, no sentido rousseauiano, em relação à matéria; circunstância que evidencia a inoportunidade para o seu tratamento legislativo, por ausência de maturação social quanto a seu adequado equacionamento. (...). O tema ganha, todavia, novas nuances quando (...) se reconhece ao Estado deveres de ordem positiva, cuja materialização, por vezes se intersecciona com a esfera de competência reconhecida ao Poder Legislativo. Nessas hipóteses (...), o dever de concretização dos comandos constitucionais, decorrência direta do princípio da supremacia da Constituição, reveste-se de impenibilidade a todos os poderes constituídos (inclusive ao Poder Legislativo), sob pena de comprometimento da efetivação da própria Tábua Fundamental. Surge, então, uma outra categoria de atuação legislativa, a saber, aquela cujos contornos, seja quanto ao objeto e conteúdo, seja quanto à oportunidade, não só decorrem diretamente do texto constitucional, como se afiguram como requisito a sua própria concretização.” (VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sindicar a Omissão Legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pp. 159-160). Essa vinculação do legislador, como observa a autora, não se restringe às hipóteses de concretização de direitos fundamentais, senão que abrange toda e qualquer situação em que a Constituição atribua ao legislador o “dever específico de legislar” (Ibidem, p. 160).

autênticos direitos – malgrado o *regime geral dos direitos fundamentais* pareça apresentar desdobramentos e graus de normatividade variáveis.⁶⁶⁸ Nos direitos de resistência e de participação essa normatividade é mais visível; nos direitos sociais, ela pode se apresentar problemática, o que não significa que não exista.

No caso do trabalho, por exemplo, vários direitos fundamentais a ele relacionados assumem uma força normativa inequívoca – embora não ensejem muitos questionamentos em razão de no mais das vezes serem exigidos dos próprios particulares, como é o caso, por exemplo, dos direitos ao décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria (inciso VIII), à duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (inciso XIII), à jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV), ao repouso semanal remunerado (inciso XV), à remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (inciso XVI), ao gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (inciso XVII), dentre outros arrolados no artigo 7º. Alguns direitos fundamentais relacionados à educação também ostentam uma força normativa inquestionável: a cabeça e os parágrafos 1º e 2º do artigo 208 não apenas estabelecem uma série de deveres objetivos do Estado, como também asseguram o acesso ao ensino básico obrigatório e gratuito como *direito subjetivo*, prescrevendo a responsabilidade da autoridade competente pelo seu não-oferecimento ou por seu oferecimento de maneira irregular. Mas o asseguramento do direito fundamental à educação não se esgota na só garantia de acesso ao ensino básico regular e gratuito, nem o direito fundamental ao trabalho se resume no elenco acima citado. É necessária a implementação de uma série de outras ações estatais, que implicam em uma outra série de desdobramentos na prestação desse direito. Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, a dimensão objetiva das prestações estatais relacionadas aos direitos sociais demanda tanto prestações normativas como prestações materiais. As “prestações normativas” consistem na criação de normas jurídicas que disciplinem o exercício desses direitos – por exemplo, no caso do trabalho, a regulamentação do

⁶⁶⁸ Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, p. 223; DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 144 *et seq.*

exercício do direito de greve no serviço público (artigo 37, inciso VI) e, no caso da educação, o estabelecimento do plano de carreira, cargos e salários dos professores da rede pública de ensino (artigo 206, inciso V). As “prestações materiais” se dão mediante ações (oferecimento de bens e serviços) que resultem no atendimento de necessidades e utilidades fruíveis direta e individualmente pelos cidadãos – por exemplo, quanto ao trabalho, pela manutenção de escolas de governo para formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos como condição para promoção na carreira (artigo 39, parágrafo 2º) e, quanto à educação, a progressiva universalização do ensino médio gratuito (artigo 208, inciso II).⁶⁶⁹

Lopes contesta a dimensão subjetiva dos direitos sociais, alegando que eles não são, salvo algumas exceções, exequíveis individualmente. Segundo ele, os direitos individuais são “subjetivos” exatamente porque têm como ser exigidos pelo exercício do direito de ação; mas isso em regra não ocorre com os direitos sociais, os quais dependem sempre de uma atuação dos Poderes Legislativo e Executivo para ter alguma eficácia, não havendo um correspondente “direito de ação” que os assegure.⁶⁷⁰ Todos os “remédios constitucionais” previstos constitucionalmente – tais sejam o direito de petição e de obtenção de certidões para defesa contra de ilegalidade, ou para simples esclarecimento de situações de interesse pessoal ou coletivo (inciso XXXIV); o *habeas-corpus* (gratuito), para assegurar a liberdade de locomoção em face de ilegalidade ou abuso de poder (incisos LXVIII e LXXVII); o *habeas-data* (gratuito), para assegurar o conhecimento de informações e para a retificação de dados (incisos LXXII e LXXVII); *mandado de segurança* individual e coletivo para proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, em face de ilegalidade ou abuso de poder (incisos LXIX e LXX) – estariam volvidos a garantir

⁶⁶⁹ Cf.: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, pp. 125-126; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2007, pp. 66-67; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, p. 650.

⁶⁷⁰ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais. In: FARIA, José Eduardo (Org). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, pp. 125-129.

quase que exclusivamente o respeito a direitos individuais (de resistência e de participação).⁶⁷¹

Este entendimento não parece exato. Todas as normas constitucionais têm conteúdo jurídico, isto é, normativo, deontológico (ainda que em graus diferentes). Uma das características das normas jurídicas é justamente a *bilateralidade atributiva*, do que deriva a possibilidade de se extraírem direitos de normas que atribuem deveres, bem como de se extraírem deveres de normas que atribuem direitos; outra característica é a *exigibilidade*, que permite ao destinatário do direito decorrente de um dever correlato de outrem exigir-lhe o cumprimento.⁶⁷² Ignorar essas características dos dispositivos constitucionais que aludem ao trabalho, à educação, à saúde, etc. – seja dos que os declaram como direitos sociais, seja dos que estabelecem as correlatas competências (deveres-poderes) do Estado –, seria reconhecê-los como simples admoestações, simples declarações de valores, realizáveis ou não, de maneira a mais livre, pelo Estado, o que evidentemente não se coaduna com a própria idéia de Direito. Conforme observa Vanice Regina Lírio do Valle, é a consagração da centralidade da pessoa como principal vetor axiológico constitucional que fundamenta suas pretensões de efetividade; a normatividade da Constituição não seria um *fim em si*, senão que se destinaria a assegurar “o que é da essência da condição de humano” – essência essa assegurada pela categoria jurídica dos direitos fundamentais.⁶⁷³

Tomando-se em conta o caso da saúde – para ficar (juntamente com os exemplos anteriores da educação e do trabalho) apenas nos principais direitos sociais, pertencentes ao mínimo existencial –, ela conta indiscutivelmente com uma dimensão objetiva, no sentido de que há um conjunto de deveres vinculantes imputados ao Estado, que dele deverá se desincumbir tanto por meio de prestações normativas como de prestações materiais, estruturando institucionalmente, mediante lei, a forma pela qual serão prestados esses serviços e prestando-os efetivamente (artigos 23, inciso II,

⁶⁷¹ “Claramente, os direitos sociais, mesmo como direitos subjetivos, não são iguais aos direitos individuais. E isto porque sua fruição é distintiva.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais. In: FARIA, José Eduardo (Org). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, p. 129)

⁶⁷² Cf. TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito, pp. 42-43.

⁶⁷³ Cf.: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sindicar a Omissão Legislativa, p. 118; também VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais. Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo e Constitucional-A&C, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jan.-mar.2009, não paginado. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=57081>>. Acesso em: 5 fev.2001.

24, inciso XII, 30, inciso VII, 197, 198 *et seq.*); a esse dever corresponderá, por certo um *direito* social, de nuance subjetiva, na medida em que se assegura uma posição jurídica ao particular frente ao Estado, que lhe permite exigir dada prestação. Por outro lado, sem embargo das vias ordinárias de ação, a Constituição de 1988 coloca à disposição dos indivíduos alguns mecanismos processuais que lhes permitem fazer valer, perante o Poder Judiciário, a garantia dos direitos sociais. O principal deles é aquele assegurado pelo inciso LXXI do artigo 5º: o *mandado de injunção*, individual ou coletivo, destinado a assegurar o exercício desses e outros direitos (como os direitos políticos, da nacionalidade e inclusive da liberdade), quando tal exercício estiver na dependência de norma regulamentadora quer por parte do Poder Legislativo, quer do Executivo. Há ainda a possibilidade do manejo de *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* tanto do Poder Legislativo como do Poder Executivo na expedição de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional, se bem que o rol de legitimados ativos na esfera privada seja bastante restrito, abrangendo (em se tratando de omissão federal) apenas entidades representativas de interesses, como partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (artigo 103, incisos VIII e IX e parágrafo 2º). Tais ações visam justamente compelir o Poder Legislativo a se desincumbir de seu mister, quando o exercício de direitos fundamentais estabelecidos por normas que demandem complementação normativa.⁶⁷⁴

Lopes pode ter alguma razão, no sentido de que por vezes é difícil ao cidadão exigir judicialmente uma prestação de direito social com o mesmo vigor e com a mesma certeza com que postula o respeito a um direito de resistência (o que é visível quando se considera, por exemplo, os direitos sociais à moradia ou ao lazer).⁶⁷⁵ O

⁶⁷⁴

Uma vez que a Constituição comete ao Poder Legislativo o dever de legislar, supõe-se que esse dever deva ser efetiva e adequadamente cumprido (isto é, que seja não por qualquer forma cumprido, mas cumprido de forma a mais compatível com a Constituição). A inércia legislativa é uma “desfuncionalidade”, tanto quanto o é uma lei contrária à Constituição; o descumprimento do dever de agir (legislar) compromete a efetividade da Constituição. O argumento de que o Poder Judiciário não deve intervir em casos que tais por ofensa ao princípio do equilíbrio e harmonia de poderes independentes (artigo 2º) implica na verdade em admitir: (i) que a Constituição não oferece solução para os casos de não funcionamento de um dos Poderes; (ii) que se autoriza um certo tipo de modificação (derrogação) da Constituição, pela inércia do legislador. Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constituição e a fênix, não paginado. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=57081>>. Acesso em: 5 fev.2001.

⁶⁷⁵ Mesmo autores que adotam uma postura fortemente defensiva dos direitos sociais e de sua juridicidade, como Sarlet, reconhecem que tais direitos podem ter um regime jurídico um pouco diferenciado – o

próprio Poder Judiciário tradicionalmente vinha adotando uma postura bastante conservadora quanto ao seu próprio papel na implementação de direitos sociais.⁶⁷⁶ Mas é preciso extrair algum significado do fato de a Constituição elencar uma série de direitos sociais, nominando-os como tais, e de determinar uma série de correlatos deveres estatais relacionados a sua implementação, inclusive contemplando mecanismos jurídicos para sua exigência (não importa, para efeito desta constatação, a maior ou menor amplitude que o próprio Poder Judiciário venha emprestando a tais institutos, quando cuida de decidir questões de direitos sociais): isso revela um sentido ao conceito de “direito” que não pode ser confundido com uma questão de política, de cumprimento de metas coletivas.

2 UMA ORGANIZAÇÃO ESTATAL ORIENTADA À GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 coloca as pessoas (e não a coletividade, enquanto totalidade abstratamente considerada) no centro das preocupações do Estado, assumindo o evidente propósito de buscar igualá-las nas condições que lhes permitam viver uma vida com um mínimo de dignidade e realizar os seus projetos de vida boa. Disso decorrem pelo menos duas conseqüências.

A primeira é a de que o conceito deôntico fundamental de que se ocupa a Constituição para levar adiante este desiderato é inequivocamente o de *direito fundamental*; não o de *dever* (tomado como algo independente), nem tampouco o de *meta coletiva*. Não significa que não haja na Constituição normas asseguradoras de deveres fundamentais individuais ou de metas coletivas, senão apenas que esses

que lhes não retira, contudo, a condição de autênticos direitos. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, p. 223.

⁶⁷⁶ Vanice Regina Lírio do Valle anota que até 2005 o posicionamento do Supremo Tribunal Federal era bastante conservador, ao argumento de que eventual interferência em face da omissão legislativa poderia configurar ofensa à harmonia e equilíbrio entre os poderes. Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constituição e a fênix, não paginado.

deveres e metas se justificam pela idéia de direito, e não o inverso.⁶⁷⁷ Mesmo os deveres fundamentais “independentes” (isto é, que não derivam da própria bilateralidade atributiva das normas assecuratórias de direitos), como aqueles decorrentes do dever de solidariedade, são justificados em última análise pela idéia de respeito e garantia de direitos – como por exemplo o dever, inerente ao pensamento igualitário republicano-liberal, de educar os filhos, que visa ao “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, em ordem tal a propiciar-lhe a autonomia necessária não apenas a exercer os direitos políticos (liberdade positiva), mas também os demais direitos inerentes à autonomia individual (liberdade negativa).⁶⁷⁸

A segunda, como que decorrência imediata da primeira, é a de que o legislador e o administrador, embora possam e inexoravelmente devam *ponderar*, não possuem completa discricionariedade e (muito menos) disponibilidade entre respeitar e implementar ou não um direito fundamental. Sequer têm completa discricionariedade e disponibilidade sobre como e quais metas coletivas devam ser estabelecidas: o bem

⁶⁷⁷ Há pelo menos duas exceções a essa regra, as quais revelam uma dimensão irretorquivelmente comunitarista da Constituição. Primeiro, a do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado: o artigo 225 o afirma como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”; embora se infira daí a vinculação essencial do meio ambiente equilibrado a uma vida sadia (um meio-termo, talvez, entre a vida digna e a vida boa), a vida que se protege não é a vida da pessoa, num sentido individual, mas da raça humana, enquanto totalidade projetada no tempo, portadora de um passado e com aspiração a um futuro; o direito a um meio ambiente equilibrado é, com todo o rigor, um *direito coletivo* (de fruição coletiva). Segundo, a dos direitos culturais: os artigos 215 e 216, ao assegurarem a proteção a “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, além de também reconhecê-los como *direitos coletivos* (de fruição coletiva), ainda reconhece essas manifestações culturais (representadas não apenas em práticas, tradições, usos e costumes, mas também em feitos, obras, documentos, etc., inclusive nos modos de fazer de dadas culturas) um bem comum. O bem comum aqui assume um sentido forte, isto é, como um *bem irredutivelmente comum*, na linguagem de Taylor, e não como bens meramente convergentes (que beneficiam a todos, mas que ensejam uma fruição individual). Cf. TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, pp. 145 *et seq.* e 210 *et seq.* Mas é interessante que esse veio comunitarista se vale da linguagem do liberalismo: esses “bens irredutivelmente comuns” são chamados de “direitos coletivos”. Embora a idéia de direitos num sentido clássico (de que ensejam uma fruição individual) permaneça no centro da arquitetura constitucional, ela divide algum espaço com a idéia de *direitos coletivos* (ou *metas coletivas*) relacionados ao bem comum ou interesse público pelo menos nessas duas situações.

⁶⁷⁸ O mesmo se pode dizer de outros deveres de solidariedade. Aqueles atribuídos à família, à sociedade e ao Estado, para com a criança, o adolescente e o jovem, visam assegurar a eles os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, ao passo aqueles para com os *idosos* visam assegurar sua participação (o seu “direito à participação social”) na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (artigos 227 e 230). O dever atribuído aos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, assim como o dever atribuído aos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, também visam assegurar direitos inerentes a uma vida digna (artigo 229).

comum por eles perseguido (ou o interesse público, na linguagem do Direito Administrativo) se acha limitado e atraído pela idéia de direitos.

Se é certo, então, que a dignidade da pessoa humana ocupa os *extremos externos* ou *extrínsecos* da existência do Estado (isto é, o seu *início* ou *fundamento*, e o seu *fim* ou *objetivo*), não há respeito a esse fundamento e não há garantia de realização desse objetivo político, ou dos direitos fundamentais a ela inerentes, se não houver alguma garantia de “meio”, *intrínseca*, isto é, relacionada à própria configuração estatal em sua essência. N’outro dizer, para que se possa assegurar pelo menos uma vida digna, que permita à (cada) pessoa auto-determinar sua existência e realizar por si seus projetos de vida boa, é mister um *Estado (Constitucional de Direito)* que conte com um desenho institucional determinado, que reúna mínimas condições de garantir a todos uma igual autonomia. A centralidade constitucional da pessoa (enquanto ser humano, enquanto cidadão e nos seus outros papéis sociais) e a concepção de direitos fundamentais enquanto pretensões subjetivas tanto de resistência e como de prestações *contra* e *pelo* Estado devem trazer consigo obviamente uma teoria de Estado e do exercício do poder estatal, “em face do que um certo tipo de organização de poder (e não outro) não pode faltar.”⁶⁷⁹

A Constituição de 1988 estrutura o Estado brasileiro de maneira tal a assegurar os direitos fundamentais que permitam viver uma vida. Ela não contempla apenas *garantias constitucionais especiais*, isto é, prescrições normativas que criam direitos aos indivíduos e correlatas imposições de dever aos órgãos estatais, assegurados por instrumentos necessários a fazer valer tais direitos e imposições,⁶⁸⁰ contempla também uma série de *garantias constitucionais gerais*, relacionadas diretamente à forma de organização estatal, que estabelece um sistema de controles que visa em boa parte

⁶⁷⁹ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito), p. 127. De seu turno, Dimoulis e Martins aludem, com base Carl Schmitt, a *garantias de organização*: “Seu objetivo é criar e manter instituições que sustentem o exercício dos direitos fundamentais.” Há duas espécies delas: garantias de instituições privadas, como a família, o casamento, a propriedade; e garantias de instituições públicas, como os órgãos fundamentais (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), cartórios, etc. Cf.: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, pp. 74-76; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, pp. 130-131.

⁶⁸⁰ Por exemplo: o direito geral de igualdade formal (todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza) é assegurado pela garantia constitucional especial de que a lei puna qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; o direito geral de liberdade é garantido pelo princípio da legalidade. Cf. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 414 *et seq.*

coibir o abuso e o arbítrio, e também estabelece políticas de implementação dos direitos da igualdade (direitos da liberdade social ou direitos sociais).⁶⁸¹ Assim é que nela figuram previstas – como nas constituições da maior parte dos Estados ocidentais contemporâneos – idéias chave do constitucionalismo clássico e contemporâneo, como a representação popular democrática (artigo 1º, incisos I, II e V e parágrafo único), a separação dos poderes (artigos 2º, 44 *et seq.*, 76 *et seq.*, 92 *et seq.*), o império da lei (artigos 5º, inciso II, 37, cabeça, e 84, inciso IV), e ainda a supremacia da constituição (artigos 59, inciso I e 60, especialmente parágrafo 2º).

2.1 A “estrutura básica” da organização estatal e os limites da democracia: entrenchamento, indisponibilidade dos direitos fundamentais e vinculatividade do legislador

O Brasil não é apenas um Estado Constitucional de Direito, mas um Estado Constitucional *Democrático* de Direito.⁶⁸² O *princípio democrático* assume na Constituição tanto uma dimensão estruturante como uma dimensão normativa propriamente dita.⁶⁸³

Enquanto *princípio estruturante*, a democracia exige determinados componentes mínimos para sua configuração. Numa primeira aproximação, ela tanto pode reunir mecanismos que assegurem a participação direta (democracia participativa) como a participação indireta, mediante a escolha de representantes (democracia representativa). A Constituição dá aberturas à participação direta, mas

⁶⁸¹ Sobre os vários sentidos de *garantias* – não apenas no sentido de direitos instrumentais que visam assegurar outros direitos (como o direito de petição, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação popular) –, cf. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 186 *et seq.*, p. 412 *et seq.* e, especialmente sobre o sentido de garantias enquanto “meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais”, p. 419 *et seq.*

⁶⁸² E é, antes ainda, uma *República Federativa*. Há uma expressiva carga de sentido que esses dois *princípios constitucionais estruturantes* (o princípio republicano e o princípio federativo) indicados já na cabeça do artigo 1º portam consigo, e que vincula o Estado brasileiro com ideais nitidamente republicano-liberais: significam, no mínimo, a exigência de *alternância no acesso e limite no exercício* do poder, e já anunciam um imperativo de separação tanto horizontal (divisão orgânica) como inclusive vertical (divisão espacial) de poderes entre órgãos e funções.

⁶⁸³ Cf.: SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral, p. 25.

não a *impõe* como dever jurídico;⁶⁸⁴ a democracia constitucional brasileira assume, assim, um caráter essencialmente representativo (o que não significa que seja contrária a formas republicanas de democracia). Em termos gerais, os componentes mínimos de uma democracia representativa se expressam pela adoção de um sistema de partidos, pela consagração do direito de sufrágio, pela regulamentação de um sistema eleitoral e pela designação de eleições periódicas, assim como pela representação popular por mandato.⁶⁸⁵ No caso da Constituição de 1988, a configuração do *regime político democrático representativo* se dá mediante articulação da *soberania popular* com a *cidadania* e o *pluralismo político* (artigo 1º, incisos I, II e V e parágrafo único), sendo ainda demarcadas características específicas daqueles componentes: além do pluralismo político, que respalda a existência de uma pluralidade de partidos (artigo 1º, V), ela adota o sufrágio universal, igual e periódico (artigo 14) e consagra o sistema eleitoral proporcional, pelo menos na Câmara dos Deputados (artigo 45), com eleições sempre periódicas e o mandato livre (artigos 27, parágrafo 1º, 28, 29, incisos I e II, 77, 44, parágrafo único e 46, parágrafo 1º).⁶⁸⁶

Enquanto *princípio normativo*, a democracia consiste sobretudo numa forma de ação coletiva. “A democracia, como quase todas as outras formas de governo,

⁶⁸⁴ “As previsões de participação direta pela Constituição, nos incisos do artigo 14, são, pela configuração constitucional e pela prática política, pouco mais que veleidades. O plebiscito e o referendo, consultas populares, dependem da vontade da representação política. A iniciativa popular de leis exige um consenso popular bastante superior ao necessário para a eleição de um representante. A efetivação prática desses chamados institutos de democracia direta bem demonstra a sua inocuidade.” (SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral, p. 27).

⁶⁸⁵ Cf. SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral, p. 27.

⁶⁸⁶ Se a alternância de poder, garantida pela periodicidade das eleições, remete imediatamente ao republicanismo, o mandato livre de seu turno parece um instituto nitidamente de feição liberal. Sobre ele, averba Bobbio: “A idéia de que o representante, uma vez eleito e enquanto eleito membro do órgão soberano do estado representativo, o parlamento, deva exercer o seu mandato livremente, não vinculado às solicitações de seus eleitores (que apenas podem ser solicitações feitas para satisfazer interesses ou individuais ou corporativos), é uma das expressões mais características da polêmica dos escritores políticos e de direito público em defesa da unidade do poder estatal – da qual é garantidor o soberano, seja ele o príncipe ou o povo – contra o particularismo das camadas. Como já foi várias vezes observado, a passagem da representação vinculada, pela qual o representante se limita a transmitir as solicitações feitas por seus representados, à representação livre, pela qual o representante, uma vez eleito, se destaca de seus eleitores que são apenas uma parte do todo e avalia livremente quais são os interesses a serem tutelados – com base na presunção de que os eleitores, *uti singuli*, lhe deram mandato para prover ao interesse coletivo e no pressuposto de que o interesse individual deve ser subordinado ao interesse coletivo –, pode ser interpretada como passagem de uma concepção privatista do mandato, segundo a qual o mandatário age em nome e por conta do mandante e se não age nos limites do mandato pode ser revogado, a uma concepção publicística segundo a qual a relação entre eleitor e eleito não pode mais ser figurada como uma relação contratual, pois um e outro estão investidos de uma função pública e a relação entre eles, é uma típica relação de investidura, na qual o investido recebe um poder público a ser, exatamente por ser público, exercido no interesse público.” (BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia, pp. 142/143).

envolve” – segundo Dworkin – “uma ação coletiva. Dizemos que numa democracia o governo é do povo: queremos dizer que o povo faz coisas coletivamente – escolhe líderes, por exemplo – que nenhum indivíduo faz ou pode fazer sozinho.”⁶⁸⁷ Ele concebe duas formas de ação coletiva: uma meramente *majoritarista*, em que os indivíduos agem pela simples somatória de vontades individuais (*povo* é, aqui, uma mera figura de linguagem); e uma *co-participativa*, que é coletiva num sentido mais profundo, exigindo que os indivíduos ajam enquanto totalidade (*povo* num sentido de fenômeno ou entidade autônoma, separada da somatória das vontades individuais).⁶⁸⁸

Em suma:

A distinção entre ação estatística e comunitária oferece-nos duas concepções de democracia como ação coletiva. A primeira é uma concepção estatística: numa democracia as decisões políticas são tomadas de acordo com alguma função – uma maioria ou uma pluralidade – dos votos, decisões ou desejos de cidadãos individuais. A segunda é uma concepção comunitária: numa democracia as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta – o povo como tal – ao invés de qualquer arranjo de indivíduos um a um.⁶⁸⁹

“A democracia” – anota Desiree, na esteira das preleções de Dworkin – “deve ser entendida como um método – o melhor – para, mediante o diálogo, transformar os interesses particulares em preferências imparciais e (...) que condiciona a legitimidade do poder político à busca de fins e à realização de valores determinados pela

⁶⁸⁷ DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia, p. 3. Embora não com estes termos, Dworkin também diferencia democracia como princípio estruturante e como princípio normativo: “Devemos começar anotando uma distinção entre democracia e regra de maioria. Democracia quer dizer regra da maioria legítima, o que significa que o mero fator majoritário não constitui democracia a menos que condições posteriores sejam satisfeitas. É controverso o que essas condições exatamente são. Mas algum tipo de estrutura constitucional que uma maioria não pode mudar é certamente um pré-requisito para a democracia. Devem ser estabelecidas normas constitucionais estipulando que uma maioria não pode abolir futuras eleições, por exemplo, ou privar uma minoria dos direitos de voto. Façamos uma distinção, então, entre normas constitucionais possibilitadoras, que constroem um governo da maioria estipulando quem deve votar, quando as eleições devem se realizar, como os representantes são designados para os distritos eleitorais, que poderes cada grupo de representantes tem, e assim por diante, e normas constitucionais limitadoras, que restringem os poderes dos representantes que as normas possibilitadoras definiram. Não podemos dizer que apenas as normas possibilitadoras são pré-requisitos da democracia, por que algumas normas constitucionais que possam, aparentemente, ser normas limitadoras são plenamente essências à democracia. Uma maioria destruiria a democracia quase que efetivamente retirando de uma minoria o direito de livre expressão do mesmo modo que se negasse voto à mesma, por exemplo.” (Ibidem, pp. 2/3)

⁶⁸⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana, p. 502; DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade, pp. 23-29; DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia, pp. 3-4; e SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral, p. 20 *et seq.*

⁶⁸⁹ DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia, pp. 3/4.

Constituição e a sua legitimação à observância de regras e procedimentos.”⁶⁹⁰ Essa dimensão normativa se vale de *elementos substantivos internos* (relacionados à liberdade e à igualdade de participação política direta e indireta), mas também encontra limites em *elementos substantivos externos* (relacionados à liberdade e à igualdade civis). Alguns valores substantivos (como a participação em termos de igualdade, a liberdade de pensamento, de expressão, etc.) estão “embutidos” na democracia enquanto procedimento, não sendo possível separar radicalmente *procedimento e substância*, ou *moral e ética*. “Procedimentos envolvem sempre compromissos éticos substanciais e não pode nunca haver procedimentos puramente neutros.”⁶⁹¹

São componentes estruturais da democracia constitucional brasileira os postulados da *soberania popular*, da *cidadania* e do *sufrágio universal*: trata-se, no entanto, dos mesmos componentes de que se valem as teorias comunitaristas ou republicano-comunitaristas. Mas é preciso conjugar esses componentes com aqueles de que se valem as teorias liberais: pertencem ao ideário liberal a defesa dos *direitos individuais relacionados à liberdade* (e, no caso do liberalismo igualitário, também à *igualdade*), o reconhecimento do *pluralismo* (não apenas do pluralismo político como também de um amplo espaço para o pluralismo moral), a *separação dos poderes* e o *modo de produção capitalista* (no caso do liberalismo igualitário, sem descurar do valor social do trabalho, proeminente em relação à livre iniciativa). Segundo Katya Kozicki, “a maneira como essas duas tradições se unem implicará sempre a idéia de conflito, tensão entre os pólos opostos: o da democracia representado pelos princípios da unidade, comunidade e equidade; o liberalismo representado pelos ideais de pluralismo, individualismo e liberdade.”⁶⁹²

⁶⁹⁰ SALGADO, Eneida Desiree. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral, p. 22. “A democracia constitucional brasileira não se caracteriza simplesmente pela identificação com a vontade da maioria. Ainda que adote, nas hipóteses de decisões políticas submetidas ao debate público, a regra da maioria – e algumas vezes exija uma maioria qualificada para determinadas matérias – a Constituição não se contenta com esse mecanismo. Parte de uma democracia inclusiva, evidenciada pelo princípio do pluralismo político (e pelo conseqüente pluralismo partidário) e pela adoção do sistema eleitoral proporcional, que impõe a convivência institucional de distintos modos de pensar e garante um espaço político efetivo para as concepções de vida não hegemônicas.” (Ibidem, pp. 24/25)

⁶⁹¹ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia, p. 22.

⁶⁹² KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado, p. 335.

As principais implicações da democracia – justamente onde se faz manifesta essa tensão, a que alude Kozicki – parecem dizer respeito à dimensão normativa de seu funcionamento: uma vez que a pessoa se acha inserida no centro das preocupações do Estado, numa posição em que desfruta de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, é preciso entender até onde vai o poder de deliberação político-democrática, e de que forma ela relaciona com os direitos e garantias fundamentais, de modo a manter essa centralidade. A justaposição de componentes democráticos republicano-comunitários (coletivistas) ao lado de componentes republicano-liberais (individuais e sociais), não é suficiente para garantir a centralidade da pessoa e as condições e oportunidades para se levar a vida: é preciso extrair um sentido da relação entre esses componentes com a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais reconhecidos.

*O conceito forte de direitos que parece emanar da Constituição de 1988 tem o predicado de assegurar às pessoas posições jurídicas que permitem não apenas exigir subjetivamente o respeito e a promoção dos direitos fundamentais individuais, mas também vincular e obrigar objetivamente o legislador a promover de maneira efetiva os direitos fundamentais que careçam de prestação normativa – garantindo, sempre que a promoção de um direito puder colidir com outro, que cada qual mantenha preservado um conteúdo mínimo essencial. Toda deliberação democrática, toda ação coletiva se acha em primeira mão comprometida com o dever de respeitar e promover direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, quando sua eficácia demandar algum tipo de “prestação normativa” ou puder ser afetado indevidamente por ela: “Os princípios da justiça” – observa Rawls – “estão entre os principais critérios a utilizar no julgamento da atuação de um representante e das razões que ele apresenta para justificá-la.”⁶⁹³ É certo que a própria Constituição muitas vezes estabelece *diretivas* e *restrições* aos direitos que vinculam essa ação deliberativa, tanto negativamente (pela impossibilidade de agravar as restrições impostas ou de impor outras) como positivamente (estabelecendo parâmetros para as políticas públicas).⁶⁹⁴ Mas nem*

⁶⁹³ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 248.

⁶⁹⁴ São, por um lado, exemplos de direitos de restringidos ou limitados pela própria Constituição as liberdades de reunião e de associação. (i) Todos podem “reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização” (artigo 5º, inciso XVI), e (ii) a todos é assegurada plena

sempre isso acontece: às vezes a Constituição assegura um direito fundamental de maneira geral, sem estabelecer qualquer restrição, ou sem indicar qualquer diretiva no sentido de balizar a ação deliberativa do Poder Legislativo.⁶⁹⁵ Daí resulta uma margem maior de ponderação político-legislativa quando da restrição (de direitos) e de harmonização (entre direitos), o que não significa que não haja limites: sempre que a promoção de um direito fundamental implicar em restrição de outro, haverá que ser respeitado o conteúdo mínimo deste último, que se acha entrincheirado, “trunfado”, funcionando como óbice intransponível pela vontade da maioria.

Nesse sentido – deixando de lado uma distinção categorial rígida entre os padrões normativos de princípio e de política – Novais explora a idéia de *direitos como trunfos* de Dworkin, no sentido de estabelecer a *indisponibilidade* dos direitos fundamentais e a *vinculação* dos órgãos estatais a sua implementação, ainda que tais órgãos, democraticamente legitimados, procurem se orientar à realização de metas

“liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar” (artigo 5º, inciso XVII). Nesses casos, a própria Constituição já estabelece restrições ou limites a essas liberdades: as pessoas têm ampla liberdade para se reunir, desde para fins pacíficos, sem armas; e têm também ampla liberdade para associar-se, desde que para fins lícitos, sem possibilidade de constituírem milícias, grupos para-militares e assemelhados. São, por outro lado, exemplos de direitos cuja completa configuração depende em larga medida de uma prestação normativa político-legislativa, observadas diretrizes firmadas pela própria Constituição, aqueles inerentes à seguridade social (saúde, previdência e assistência). (i) De maneira geral, os direitos da seguridade social deverão ser assegurados por um conjunto integrado de ações, organizadas em vista dos seguintes objetivos: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (artigo 194, cabeça e parágrafo único). (ii) As ações e serviços públicos predispostos a promover o direito à saúde especificamente devem ter sua execução e fiscalização reguladas por lei, mas a própria Constituição já estabelece que tais ações e serviços deverão integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade (artigos 196, 197 e 198, incisos I, II e III). (iii) O direito à previdência social especificamente é conformado a partir de requisitos mínimos, estabelecidos constitucionalmente, tais sejam: cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o valor do salário mínimo (artigo 201, parágrafo 2º).

⁶⁹⁵ São exemplos de direitos que a Constituição não restringe nem dá diretrizes ao legislador sobre como e em que medida (máxima ou mínima) restringi-los ou promovê-los: a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão, não havendo nenhuma indicação constitucional de quais qualificações profissionais a lei possa estabelecer (artigo 5º, inciso XIII); a proteção do mercado de trabalho da mulher, sem nenhuma indicação de quais incentivos específicos a lei possa estabelecer (artigo 7º, inciso XX); o adicional de insalubridade e de periculosidade, não havendo nenhuma indicação constitucional sobre base de cálculo ou percentual sobre ela incidente (artigo 7º, inciso XXIII); proteção em face da automação, não havendo nenhuma indicação constitucional quanto à maneira pela qual possa se dar essa proteção (artigo 7º, inciso XXVII); a liberdade de iniciativa também pode ser objeto de controle estatal prévio (autorização) nos casos previstos em lei, não havendo nenhuma indicação constitucional de critérios para se exigir a autorização (artigo 170, parágrafo único).

coletivas de bem comum ou de interesse público. Conforme explica Novais, “ter um direito fundamental em um Estado de Direito equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado.”⁶⁹⁶ Para além da idéia de trunfo como simples mecanismo de defesa, esse argumento expressa a idéia de que, num regime político democrático – em que o governo pondera e decide segundo a regra da maioria – os direitos fundamentais (reconhecidos como trunfos) devem ter prioridade na agenda de ações e políticas públicas, quando menos como critério de deliberação política. Para ele, a idéia de direitos como trunfos não se restringe aos direitos políticos, senão que é mais vasta e ambiciosa: “é extensiva a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais).”⁶⁹⁷ Daí decorrem dadas implicações na relação entre direitos fundamentais (Estado de Direito) e democracia (Estado Democrático): o Poder Legislativo se acha, desde logo, vinculado aos direitos fundamentais, no sentido de que, no âmbito de suas deliberações, as ações e metas coletivas que estabelecer deverão quanto possível ter por fim o respeito e a garantia desses direitos; além disso, o Poder Legislativo não dispõe de discricionariedade entre deliberar ou não deliberar, quando de sua deliberação depender não apenas a limitação dos direitos de uns a bem dos direitos dos demais, mas sobretudo a implementação de direitos sociais, ante a necessidade de conformação legislativa.

A questão se afigura mais problemática quando, por exemplo, a deliberação tendente a regulamentar a implementação de um direito social puder afetar direitos de resistência: *Qual o limite da deliberação democrática em casos tais?* Novais também se questiona em termos semelhantes:

É que, se muitos de nós estarão, eventualmente com reservas, predispostos aceitar as premissas que até aqui estabelecemos, praticamente todos concordaremos, em contrapartida, que, em inúmeras outras situações, ou até na generalidade dos casos, direitos consagrados na Constituição podem ser limitados ou têm mesmo de ceder completamente perante a maior força ou peso de outros direitos ou interesses, pelo

⁶⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). Direitos Humanos e Democracia, p. 79 e pp. 86-87.

⁶⁹⁷ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). Direitos Humanos e Democracia, p. 89.

que, nessas situações, se admite ou até se impõe que o legislador – a maioria – limite os direitos fundamentais.

(...)

Donde se verifica que umas vezes a vontade da maioria prevalece e outras vezes não deve prevalecer. Umas vezes o direito fundamental resiste e outras não. Mas, se é assim, onde fica afinal a natureza do trunfo? O que resta da afirmada indisponibilidade dos direitos fundamentais?⁶⁹⁸

Para Novais, os direitos fundamentais possuem o que ele chama de “reserva geral imanente de ponderação”. Ele parte do suposto de que em regra os direitos fundamentais são relativos e, como tais, restringíveis, limitáveis, sendo que da *reserva geral imanente de ponderação* decorre que o Poder Legislativo tem o dever de sopesar *adequadamente* os valores inerentes aos direitos, quando conflitantes, estabelecendo de tal arte o seu regime jurídico.⁶⁹⁹ Uma distinção importante que ele encampa é entre *direito fundamental como um todo* (“considerado como o conjunto ou o feixe de todas as posições jusfundamentais referidas a um dado direito fundamental”) e *direitos fundamentais específicos* (“faculdades parcelares, garantias, pretensões ou direitos autonomizáveis”, que integram um dado *direito como um todo*): um direito fundamental como um todo é assegurado *prima facie* por normas-princípio, enquanto direitos fundamentais específicos são assegurados em caráter definitivo normalmente por normas-regra; é precisamente quando consagrados por normas-princípio (vale dizer, enquanto direitos *prima facie*) que os direitos podem ser ponderados e relativizados, sendo restringidos por outros direitos fundamentais contrapostos.⁷⁰⁰

Há, contudo, um limite à restrição, um limite ao poder democrático de impor restrições (ou, um “limite ao limite”, ao poder de impor limites), e aí também o trunfo funciona. Todo direito fundamental, tomado *prima facie* ou especificamente, por relativo e restringível ou limitável que seja, possui sempre um conteúdo mínimo, que ao legislador é vedado suprimir – sob pena de se suprimir por lei um direito

⁶⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). Direitos Humanos e Democracia, p. 93.

⁶⁹⁹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). Direitos Humanos e Democracia, pp. 101-102.

⁷⁰⁰ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). Direitos Humanos e Democracia, pp. 102-103.

assegurado constitucionalmente. Conforme anota Agra, “[o] entrincheiramento, como o étimo da palavra já clarifica, configura-se no encastelamento do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico, solidificando este conteúdo no tecido social. Seu escopo é fortalecer a densidade normativa desses direitos, funcionando também como elemento catalizador de legitimidade ao Estado Democrático Social de Direito (...).”⁷⁰¹ Segundo ele, o entrincheiramento (*entrenchment*) abrange somente o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, protegendo-os da ação de todos os Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), inclusive do Poder Reformador.⁷⁰² Daí Oscar Vilhena Vieira aludir às normas que estabelecem direitos fundamentais como cláusulas super-constitucionais (cláusulas pétreas), cujo conteúdo constitui uma *reserva de justiça* da Constituição.⁷⁰³

Mas os direitos fundamentais podem conflitar não apenas com outros direitos fundamentais: conflitam ainda com outros bens comuns que justificam ações e metas coletivas.⁷⁰⁴ Segundo Novais, direitos fundamentais assegurados por princípios podem ceder em face de bens, princípios ou interesses inclusive *infraconstitucionais*:

Considera-se um exemplo que ilustra adequadamente o que dizemos, ou seja, que permite compreender o sentido que sustentamos para a imagem dos direitos como trunfos. Uma manifestação política de um grupo minoritário convocada para uma avenida central de uma grande cidade e para uma hora de grande movimento pode ser *desviada*, condicionada ou até, em circunstâncias extremas, mesmo inviabilizada por simples, mas consideráveis, razões de bem-estar associadas à fluidez do tráfego, ou seja, em nome de um interesse que, à partida, não tem valor constitucional.⁷⁰⁵

⁷⁰¹ AGRA, Walber de Moura. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: fórum, 2007, p. 25.

⁷⁰² AGRA, Walber de Moura. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional*, pp. 28-29. O pensamento de Agra foi interpretado no sentido de que cada direito fundamental de per si tem um conteúdo mínimo, e não no sentido de haver um conteúdo mínimo para o sistema de direitos fundamentais (o que faria coincidir esta noção com a de mínimo existencial). Mas isso não fica exatamente claro na sua exposição.

⁷⁰³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. Lua Nova, São Paulo, ano 3, n. 42, pp. 53-216, 1997, p. 59. “No Brasil um amplo grupo de cláusulas super-constitucionais foi estabelecido como cerne inalterável do Texto de 1988. O enrijecimento desses dispositivos, por força do artigo 60, parágrafo 4º, IV da Constituição, constitui uma resposta às diversas experiências autoritária[s] de nossa história, nas quais os princípios e direitos, agora entrincheirados como cláusulas super-constitucionais, foram sistemática e institucionalmente violados.” (Idem)

⁷⁰⁴ Cf.: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 134; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos Humanos e Democracia*, pp. 102-103.

⁷⁰⁵ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos Humanos e Democracia*, p. 103.

Na verdade, o que parece ocorrer é que alguns direitos fundamentais demandam restrição (limitação) ou configuração (conformação) no plano infraconstitucional; não que por isso percam sua fundamentalidade; apenas essa fundamentalidade se situa numa camada profunda. Donde Canotilho, discordando de Novais nesse ponto, observe que sempre esses princípios, bens e interesses se remeterão a algum valor agasalhado expressa ou implicitamente na Constituição. Ele o não afirma expressamente, mas, no exemplo da fluidez do tráfego, o valor constitucional seria aquele relacionado ao direito de liberdade (liberdade de locomoção), inerente à autonomia individual.⁷⁰⁶ Malgrado seja difícil oferecer qualquer afirmação taxativa nesse tocante, é possível acrescentar que tais bens e interesses (pelo menos em regra) se reportarão, ainda que indiretamente, à realização de algum outro direito fundamental inerente à liberdade, à igualdade (e, mais raramente, à participação) – mesmo que diretamente venha travestido de alguma meta coletiva de bem comum ou interesse público que vise assegurar uma melhor forma de convívio ou bem-estar.⁷⁰⁷

2.2 Os direitos como fundamento primário das políticas públicas: legalidade e interesse público; participação e discricionariedade

Liberalismo e republicanismo compartilham alguns postulados mínimos, relacionados à estrutura básica da sociedade política, tais como a *separação dos*

⁷⁰⁶ “Mesmo que haja algum ‘realismo’ nessa tese, (...), não vemos como é que no procedimento de ponderação se possa desvalorizar tão profundamente a reserva constitucional do bem. Dizer-se [como faz Novais] que ‘o nível constitucional ou infraconstitucional da sua garantia jurídica não é mais do que um fator (...) dissolve a própria categoria de bens constitucionais, dando guarida a uma tese de ponderação existencialista de bem: bem constitucionalmente protegido será ‘qualquer bem ou interesse infraconstitucional que surja como candidato à justificação da restrição.’ Fica aberta a porta não apenas para a relativização da força normativa da constituição mas também para a inversão das regras básicas da hermenêutica constitucional. No fim de contas, a ‘reserva geral imanente de ponderação que afete os direitos fundamentais e as correspondentes normas constitucionais de proteção’ justifica a interpretação da Constituição a partir da lei ou da ordem de um polícia ou de um governador civil (os que ‘ponderam restrições em concreto’).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.273)

⁷⁰⁷ Como mencionado em nota anterior, figuram como exceções as hipóteses de restrição de direito pela colisão com bens jurídicos constitucionais de dimensão comunitária, tais como o direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (o artigo 225) e os direitos coletivos culturais (artigos 215 e 216). É possível, assim, que o direito de propriedade seja legalmente limitado pela necessidade de preservação do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, ou pela necessidade de preservação ambiental.

poderes, o princípio da legalidade, além da exigência de direitos fundamentais e de participação política (direta ou mediante representação) no governo – embora divirjam de diversas maneiras e em diversas medidas na interpretação desses postulados.

O respeito e a promoção de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, nem sempre ocorrem apenas num plano normativo-legislativo, senão que demandam atuação normativa subsidiária e uma atuação material complementar num plano administrativo.⁷⁰⁸ É o Poder Executivo que “age” precipuamente em nome do Estado, não apenas para restringir em concreto as liberdades (notadamente pela atividade de *polícia administrativa*), mas também para promover a igualdade (notadamente pela prestação de *serviços públicos* e atividades de *fomento*).⁷⁰⁹ Mais que uma tensão em abstrato entre ação coletiva e direitos fundamentais, há ensejo para que essa tensão ocorra em concreto. A Administração Pública se situa no meio dessa tensão: é normalmente sobre ela que recai a culpa pela insuficiência na execução das várias atividades estatais (*polícia, serviço público, fomento*) ou pela violação das liberdades públicas. E, se a falta de recursos orçamentários (reserva do possível) é

⁷⁰⁸ “A centralidade do cidadão, da pessoa humana – eixo das modernas construções da própria Teoria Geral do Estado – por certo se constitui premissa que haveria de deitar reflexo nas demais áreas do direito em que se tenha, de forma mais ou menos direta, a interface entre poder político organizado, e cidadania, destinatários do agir desse mesmo poder político. Se o Estado em si – e, portanto, suas estruturas formais de ação poder – reconhece-se como finalisticamente orientado, legitimando-se pelo compromisso com a jusfundamentalidade dos direitos expressos em cada ordem constitucional, é certo que essa mesma compreensão se aplicará a essa estrutura funcionalmente especializada conhecida como Estado-Administração.” (VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e prevenção do desgoverno. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, pp. 87-109, mar.-abr.2007, p. 101.

⁷⁰⁹ Historicamente, a exclusiva preocupação da burguesia em limitar o poder do Estado e preservar as liberdades individuais a qualquer custo acelerou um processo histórico de concentração e absorção de poder nas mãos de poucos. Em vista do aumento e da premência das demandas sociais, foi preciso ampliar e diversificar a intervenção. No entanto, os Parlamentos não estavam aparelhados para tanto, haja vista a lentidão de seu funcionamento: coube à estrutura burocrática do Poder Executivo, melhor aparelhada, o desempenho de funções que antes não executava ou executava apenas timidamente, a fim de atender as necessidades sociais, corrigindo as disfunções geradas pelo liberalismo clássico. Sequer os Parlamentos tinham condições de normatizar com minudência as novas funções administrativas, não apenas em vista de sua diversidade e complexidade técnica, mas também em razão da pluralidade de tendências contraditórias que dificultavam a obtenção de consenso: surgem as leis-medida, que apenas fixam metas coletivas a serem alcançadas (“normas-objetivo”), definindo um quadro normativo generalíssimo formado por conceitos “vagos”, “imprecisos”, “indeterminados”, no âmbito do qual o Poder Executivo deve atuar; inclusive estabelecendo regulamentando previamente a execução da lei. Assim, abre-se vaga, por um lado, para a distinção entre lei formal (produto da deliberação parlamentar) e lei material (dotada de generalidade e abstração), interpenetrando-se os campos de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo; por outro, a lei deixa de ser simples instrumento de *limitação* para assumir a função de *organização* da Administração Pública e de suas funções; e a separação rígida de poderes se flexibiliza. Cf. GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto, p. 182 *et seq.*; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 31 *et seq.*; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 31 *et seq.*

invocada como justificativa na primeira situação, uma interpretação inadequada do que seja interesse público (supremo, em relação aos interesses privados) é apontada como a causa na segunda.

Quanto à primeira situação, é discutível que um Estado possa escusar-se de promover os direitos fundamentais prestacionais que a Constituição lhe impõe alegando que não tem recursos financeiros para tanto. Se há um dever jurídico nesse sentido, parece insustentável que um argumento de caráter econômico tenha condições de afastá-lo. É claro que uma Constituição não pode perder de vista as “circunstâncias de justiça” existentes na sociedade: se há demasiada escassez de recursos, e se uma imensa maioria vive em condições indignas, qualquer promessa *irracional*, no sentido de reverter *milagrosamente* esse quadro, compromete gravemente a dimensão deontológica das normas constitucionais (e a própria estabilidade da Constituição). No que concerne à Constituição de 1988, é difícil dizer – prescindindo de um rigoroso estudo do ponto de vista sociológico, bem como das considerações feitas pela Assembléia Constituinte de 1987/1988 – se ela realmente guarda compatibilidade com as circunstâncias da justiça da sociedade brasileira;⁷¹⁰ mas parece que, à parte os direitos fundamentais sociais gerais ou *prima facie* (como alimentação, moradia e lazer), *pelo menos* o conteúdo mínimo de direitos fundamentais sociais mais específicos (como os inerentes à seguridade social e educação) não podem ser negados a partir de argumentos fundados em questões financeiras.⁷¹¹

Mais complexa é a segunda situação, que exige da idéia de interesse público uma compreensão adequada, compatível com a teoria da justiça que serve de matriz para a Constituição. Mesmo que no plano da generalidade e da abstração a lei se vincule aos direitos fundamentais, devendo estabelecer políticas públicas que

⁷¹⁰ Uma análise minudente, pelo menos quanto às considerações da Assembléia Constituinte de 1987/1988, pode ser encontrada em SALGADO, Eneida Desiree. Tijolo por Tijolo em um Desenho (Quase) Lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná-UFPR, mimeo, 2005.

⁷¹¹ “Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 481)

promovam direitos sociais de maneira compatível com o regime de direitos fundamentais constitucionalmente assegurado, pode ocorrer de, no plano da especificidade e da concretude, a Administração Pública (tipicamente o Poder Executivo) agir no sentido de alcançar finalidades que não se relacionam com o “interesse público” constante da lei. Dentre outros fatores, esse risco decorre de a finalidade de interesse público (ou meta coletiva de bem comum) a ser perseguida estar implícita na lei; ou de estar referida na lei por meio de “cláusulas vagas”, plurisignificativas; ou de sua identificação ou interpretação ser considerada objeto de “atividade discricionária” da Administração e, destarte, insindicável (segundo o entendimento corrente) perante o Poder Judiciário. Seguramente não se pode, só por isso, argumentar que a idéia de interesse público (ou de sua supremacia) deve ser rejeitada, por ser supostamente contrária aos direitos da liberdade – haja vista que mesmo nos Estados liberais clássicos a idéia de interesse público já se fazia presente, não sendo com eles incompatível. O que importa é identificar um “conceito constitucionalmente adequado” de interesse público.

Há várias formas possíveis de se compreender a idéia de interesse público. Algumas versões da teoria utilitarista (utilitarismo econômico) não poderiam entendê-lo senão como a soma dos interesses individuais.⁷¹² Outras versões da teoria comunitarista poderiam compreendê-lo como o interesse da maioria.⁷¹³ Nos quadros de uma Constituição cujo conceito de justiça parte de postulados igualitários liberal-republicanos, a idéia de (supremacia do) interesse público não pode ser dissociada do princípio da legalidade e do referencial dos direitos fundamentais.

Primeiramente, a filosofia igualitária liberal republicana que se encontra na base da Constituição exige, no que concerne à ação administrativa, que se

⁷¹² Não se pode perder de vista que no início da Modernidade a expressão “interesse” aparece, nos Estados de língua latina, com o significado de lucro. Cf.: HIRSCHMAN, Albert Otto. *As Paixões e os Interesses*, p. 35; FILGUEIRAS, Fernando. *Interesses*. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). *Corrupção*, p. 154; FERES JÚNIOR, João. *Interesse público*. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). *Corrupção*, p. 164; e GUIMARÃES, Juarez. *Interesse público*. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). *Corrupção*, p. 174.

⁷¹³ Juarez Guimarães afirma que “a definição do que seja interesse público passa pela ação democrática da maioria, única forma de produzir sínteses legitimadoras em um quadro de pluralismo de valores e de conflitos de interesses.” (GUIMARÃES, Juarez. *Interesse público*. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). *Corrupção*, pp. 177/178)

compatibilizem os conceitos de Direito (*law*) e de direitos (*rights*). Se os direitos fundamentais são vinculantes e indisponíveis para o legislador, o são *a fortiori* também para o administrador: a função executiva tendente a realizar a finalidade de interesse público constante da lei igualmente deve orientar-se, então, pelo conceito (deontológico) de direitos fundamentais.⁷¹⁴

A lei manifesta a um só tempo a *autoridade* do poder, mas também a sua *limitação*. Como princípio constitucional, a legalidade encontra agasalho nos artigos 5º, incisos II e LIV e 37 da Constituição de 1988. Enquanto as cláusulas da *reserva de lei* e do *devido processo legal* na sua dimensão substancial (incisos II e LIV do artigo 5º) garantem que qualquer privação ou limitação da liberdade ou dos bens (a expressão aqui deve ser tomada em sentido amplo) somente poderá ocorrer com base em uma lei razoável, o princípio da legalidade propriamente dito é (artigos 5º, II e 37) é usualmente interpretado no sentido de assinalar aos particulares a permissibilidade de fazerem tudo o que a lei não lhes proíbe (dimensão negativa da legalidade), e à Administração Pública a possibilidade de somente fazer aquilo que a lei permite ou obriga (dimensão positiva da legalidade).⁷¹⁵ Com isso se consubstancia, por um lado, a extensão da soberania popular e da representação parlamentar: qualquer ação administrativa restritiva ou promotora de direitos fundamentais somente tem lugar mediante lei (prospectiva, clara, geral e abstrata, racional); por outro, ele funciona como limite à ação administrativa estatal, na medida em que a Administração só possa fazer o que a lei (com todas aquelas características anteriormente citadas) previamente autorize ou determine.

A interpretação do interesse público (ou bem comum) que a lei estabelece como sua finalidade (meta coletiva) não fica, contudo, ao livre talante do administrador.

⁷¹⁴ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 231.

⁷¹⁵ Rawls deriva o preceito que exige racionalidade das leis diretamente do princípio (abstrato) da legalidade contido no princípio do Estado de Direito. Ele fala na verdade no “princípio segundo o qual dever (*ought*) implica poder (*can*)”, deduzindo, como uma de suas características, a de que “as ações exigidas ou proibidas pelo estado de direito devem ser do tipo que seja razoável supor que homens poder fazer ou evitar. Um sistema de regras dirigidas a pessoas racionais para organizar sua conduta se preocupa com o que elas podem ou não podem fazer. Não deve impor um dever de fazer o que não é possível fazer.” (RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 259)

Rawls observa que num Estado (Constitucional Democrático) de Direito não basta um Direito justo; é preciso também um tipo de “ação justa”, como tal considerada a capacidade das autoridades públicas de aplicar apropriadamente as normas, interpretando-as de maneira correta. Um Direito justo – que considera os cidadãos como pessoas racionais, estabelecendo normas coercitivas com a finalidade de regular as condutas individuais e provendo a estrutura da cooperação social – fornece a base para as expectativas legítimas das pessoas, possibilitando que elas confiem umas nas outras e reclamem quando suas expectativas são frustradas. A aplicação adequada (regular e imparcial) dessas normas configura o que ele chama de “justiça como regularidade”.⁷¹⁶ Ele afirma expressamente a compatibilidade de sua teoria com a idéia de *interesse geral* (que ele chama de *princípio do interesse comum*).⁷¹⁷ No entanto, deixa claro que a interpretação que se faça do que seja de interesse público deve basear-se em evidências e formas de raciocínio aceitáveis por todos; deve apoiar-se na observação comum e nas formas de pensar geralmente aceitas como corretas.⁷¹⁸

Pettit – que assumidamente se inspira nas preleções de Rawls – observa que, no entanto, o risco de uma ação injusta sempre existe. Para ele, sempre há o risco de dominação dos cidadãos pelos governantes, com o comprometimento da liberdade geral por parte daqueles que agem em nome da sociedade política estatal. A forma de se precaver contra um tipo de ação injusta, consistente na má aplicação da lei ou numa interpretação equivocada dela (Rawls tem em mente não tanto situações de deliberado abuso, como quando há suborno ou corrupção, mas notadamente distorções mais sutis derivadas de preconceitos ou predisposições equivocadas), é justamente obrigando a Administração a perseguir apenas e tão somente o interesse público.⁷¹⁹ Só que ele é

⁷¹⁶ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, pp. 257-258.

⁷¹⁷ “Admitindo tudo isso como verdadeiro, pode-se agora afirmar que, ao limitar a liberdade por referência ao interesse geral na ordem e segurança públicas, o governo age apoiado num princípio que seria escolhido na posição original. Pois, nessa posição, cada um reconhece que o rompimento dessas condições constitui um perigo para a liberdade de todos. Isso decorre, logicamente, da compreensão que a manutenção da ordem pública é uma condição necessária para que todos atinjam seus objetivos, quaisquer que sejam (desde que se situem dentro de certos limites).” (RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 231)

⁷¹⁸ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 231.

⁷¹⁹ Cf. RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, p. 257.

mais incisivo que Rawls ao defender a possibilidade de participação como a forma de alinhamento do Estado ao interesse público.⁷²⁰

Para perseguir propósitos repartidos por todos é preciso buscar uma moralidade e uma razão superiores (Pettit fala em “coletivização da razão”), o que implica em organizar o Estado de maneira que os ideais de bem dos participantes em dados assuntos sejam igualmente considerados – ainda que algumas venham a ser descartados em preferência de outros.⁷²¹ É aí que a decisão quanto ao que seja de interesse público ganha um contraponto “interessante”: a possibilidade de contestação democrática. Uma democracia saudável deve dirigir-se a perseguir apenas os “interesses comuns assumidos” pelos cidadãos. Para Pettit, tais interesses são “assumidos” no sentido de que são conscientes ou trazidos à consciência sem grande esforço, e são “comuns” no sentido de que *considerações coletivamente admissíveis* sustentam uma ação cooperativa para atendê-los; por sua vez, “considerações coletivamente admissíveis” são argumentações que as pessoas livres e iguais podem apresentar discursivamente à consideração, num ambiente coletivo, em defesa de ações relevantes que elas devam unificada e conjuntamente promover.⁷²²

De maneira que uma compreensão correta do conceito de interesse público – isto é, que guarde conformidade com o princípio da igual consideração e respeito aos interesses de todos – não pode prescindir desses dois referenciais: a consideração do papel do Direito (como conjunto de possibilidades para um determinado contexto

⁷²⁰ Não significa que Rawls não defenda a participação. Ele afirma, textualmente: “Para que o fórum público seja livre e aberto a todos, e permaneça em sessão contínua, todos devem poder participar dele. Todos os cidadãos devem ter os meios de informar-se sobre questões políticas. Deveriam ter condições de avaliar como certas propostas afetam o seu bem-estar e quais políticas promovem sua concepção do bem público. Além disso, deveriam ter uma oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão pública.” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, pp. 245/246)

⁷²¹ Cf. PETTIT, Philip. *Teoria da Liberdade*, p. 214. Segundo Pettit, em sociedades privadas (“coletividades não-estatais”), os afiliados têm o direito de sair delas sem ônus, de maneira que tais sociedades impelidas a perseguir os interesses comuns dos afiliados, sob pena de sofrer uma redução em massa; se seus afiliados não deixam a sociedade, supostamente é porque ela atende aos interesses comuns, interferindo numa parte muito restrita e de forma aceitável na individualidade de todos. Algo diferente ocorre com as sociedades políticas (“coletividades estatais”): seus afiliados só têm um direito formal de sair, que na prática não significa nada, a menos que outro Estado os acolha, o que é improvável, pelo menos numa hipótese de pretensão de saída em massa. Há portanto um perigo real de que o poder do Estado se transforme num poder arbitrário, dominante, na vida de seus cidadãos. Por ser *coercitivo*, a capacidade de ele interferir é grave e profunda; por ser *inevitável*, não há, em princípio, nada que o force, por si só, a perseguir apenas interesses comuns. (Ibidem, pp. 214-215)

⁷²² Cf. PETTIT, Philip. *Teoria da Liberdade*, p. 216-217. Pettit fala, na verdade, em “considerações cooperativamente admissíveis”; mas a expressão *considerações coletivamente admissíveis* pareceu mais apropriada. Ele trata da definição democrática dos interesses comuns numa amplitude geral, abrangendo não apenas a sua interpretação pela Administração Pública, mas inclusive a sua definição no âmbito do Parlamento.

fático a ser normatizado) e a participação dos indivíduos na identificação e interpretação dos possíveis interesses públicos.⁷²³

“O debate público, pelo menos numa democracia” – observa Alf Ross –, “é um processo contínuo através do qual novas impressões, novos eventos e novos conhecimentos são absorvidos incessantemente e transformados em opinião pública, a qual, por sua vez, se cristaliza no senso moral geral e na consciência jurídica do momento.”⁷²⁴

Embora o juízo de interesse público deva ser feito pela Administração Pública, daí não se pode concluir que ele se confunda com o juízo particular de interesse público do administrador. Interesses comuns e interesses públicos são de ordens diferentes. Os *interesses comuns* são aqueles compartilhados pelas pessoas; para que sejam havidos como *interesses públicos* é preciso que se *politize* a sua forma de identificação e definição – o que se deve fazer (pelo menos em algumas situações, e especialmente quando tal identificação e definição não tenha previamente sido feita de maneira clara e definitiva pelo legislador, no âmbito do processo político-legislativo) através da consideração da opinião ou das “expectativas legítimas” dos cidadãos, do “público”, no âmbito de um processo político-administrativo.⁷²⁵

É importante ter em conta que no âmbito do Poder Legislativo há maior possibilidade de contestação das soluções de bem comum a serem adotadas, quando menos por força do princípio da proporcionalidade da representação (artigo 58, parágrafo 1º), que garante a participação de grupos de interesse minoritários no debate. No âmbito do Poder Executivo, em que a ocupação dos cargos políticos se dá ou por eleição segundo o critério majoritário, ou por livre nomeação de integrantes ou indicados por partidos que conformam a base aliada governista, a Constituição 1988 oferece uma alternativa diversa: ela determina que lei específica discipline as formas de participação do cidadão na Administração Pública direta e indireta, regulando especialmente as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, o

⁷²³ Cf. FILGUEIRAS, Fernando. Justiça, legitimidade e interesse público. Artigo apresentado no VII Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Recife/PE. Disponível em: <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/18_6_2010_17_12_2.pdf>. Acesso em: 3 fev.2011, pp. 25-26.

⁷²⁴ ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução e notas de Edson Bini; revisão técnica de Alysso Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2000, p. 429.

⁷²⁵ Cf. FILGUEIRAS, Fernando. Justiça, legitimidade e interesse público, pp. 25-26.

acesso a registros e informações sobre atos de governo e a possibilidade de representar contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função (artigo 37, parágrafo 3º).⁷²⁶ Essa seria – segundo Pettit – a forma de forçar o Estado a perseguir somente interesses públicos (“interesses comuns assumidos”), impedindo de fazer de seu poder um poder arbitrário, dominante.

Que o Estado deveria ser democraticamente forçado a trilhar todos os interesses comuns assumidos pelas pessoas, significa que deveriam existir instituições democráticas que possibilitassem descobrir e autorizar políticas, cuja implementação promettesse superar os interesses comuns assumidos. Que o Estado deveria ser forçado a traçar somente os interesses comuns assumidos pelas pessoas, significa que igualmente deveriam existir instituições democráticas que possibilitassem examinar as políticas identificadas e os outros fatores que influenciavam a maneira como as políticas materializam-se e possibilitassem extirpar aqueles que não respondem a tais interesses.⁷²⁷

Pettit alude ainda a uma estrutura democrática bilateral. Há uma “dimensão positiva” (ou uma “dimensão de geração”) na democracia, que conduz à *busca* e a *identificação* de interesses comuns e de políticas públicas com que atendê-los (“superá-los”). E há também uma “dimensão negativa” (ou “dimensão de teste”), que permite *examinar* e *rejeitar* interesses que não sejam comuns e/ou políticas públicas inadequadas. Para ele, ambas devem ser desempenhadas pelos cidadãos.⁷²⁸

Ainda que o artigo 37, parágrafo 3º seja interpretado no sentido de que é assegurada a participação popular apenas na gestão de serviços públicos (normalmente relacionados à promoção dos direitos sociais), a identificação do que seja ou não de interesse público e a melhor maneira de atendê-lo por parte da Administração não pode ignorar a opinião pública – sempre tendo como referência, evidentemente, o

⁷²⁶ Vanice R. Lírio do Vale deriva desses preceitos um direito fundamental à boa administração: nestes, “e em vários outros preceitos em que se robustece os mecanismos de controle social do poder, transparece a preocupação em assinalar à cidadania, direito fundamental ao direcionamento da coisa pública à melhora permanente no atendimento aos interesses da coletividade.” (VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e prevenção do desgoverno, p. 102) Outros vários dispositivos constitucionais que determinam a participação popular são, por exemplo: o artigo 194, parágrafo único, inciso VII assegura participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados do sistema de seguridade social; o artigo 198, inciso III assegura participação da comunidade nos conselhos de saúde; o artigo 204, inciso II assegura participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas de assistência social e no controle das ações em todos os níveis; o artigo 206, inciso VI assegura participação na gestão do ensino público.

⁷²⁷ PETTIT, Philip. Teoria da Liberdade, p. 220.

⁷²⁸ Cf.: PETTIT, Philip. Teoria da Liberdade, p. 221; PETTIT, Philip. *Depoliticizing democracy. Ratio Juris*, v. 17, n. 1, pp. 52-65, mar.2004; PETTIT, Philip. *Democracia y evaluaciones compartidas*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. *Isonomía*, n. 23, pp. 51-56, out.2005.

sistema constitucional de direitos fundamentais, não apenas como *diretriz* mas também como *limite*. Não se trata, portanto, de uma questão de “discricionariedade do administrador na identificação do interesse público”, e sim de hermenêutica jurídica, que deve ser feita em observância à “avaliação pública” de tais interesses – *e a fortiori* quando ele estiver contido na lei por meio de “cláusulas vagas”.⁷²⁹

Deveras, observa Dworkin a existência de três possíveis conceitos de discricionariedade. Num primeiro sentido fraco, a expressão é empregada apenas para indicar que os padrões normativos que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados de modo mecânico, exigindo dela uma “capacidade de julgamento”; neste sentido, o exercício da discricionariedade se confunde com a interpretação de *Standards* jurídicos. Num segundo sentido fraco, a expressão é empregada para referir que determinada autoridade é quem tem a última palavra quando se trata de decidir determinado assunto, não podendo tal decisão ser controlada por autoridade outra. Num sentido forte, a expressão é empregada para referir que a autoridade pública está apta a tomar uma dada decisão sem ter que obedecer a qualquer padrão normativo e sem que se assujeite a qualquer controle por outras autoridades.⁷³⁰

A identificação do interesse público somente pode ser entendida como “discricionária” no primeiro sentido fraco, em que a autoridade administrativa deve recorrer aos padrões normativos (princípios e políticas) vertidos na lei, para identificar-lhe a finalidade de interesse público. Ainda assim, não significa que ela tenha exclusividade nessa interpretação: ela deve basear-se em um entendimento compartilhado pelos cidadãos. Conforme observa Filgueiras, o interesse público é um artifício criado em torno de um sentimento de aprovação moral:⁷³¹ é preciso que essa aprovação seja alcançada (observados sempre, mesmo para a comunidade, os limites e

⁷²⁹ É importante notar a compatibilidade desse argumento com a idéia que Taylor faz da esfera pública. Com efeito, a esfera pública a que Taylor chama de moderna, metatópica, apresenta como característica o fato de constituir um *lócus* de discussão onde todos os participantes da vida comum têm condições de se engajar e discutir questões importantes, sendo que o resultado das discussões refletidas sobre essas questões exerce um papel normativo para o governo: não tanto porque se apresenta como a opinião mais ilustrada, mas por ser a opinião do povo soberano (a opinião pública). Disso resulta a idéia de que o poder político deve ser fiscalizado e controlado por algo externo a ele – no caso, nada que se defina como a vontade de Deus, ou a lei da natureza, ou poder ou da autoridade tradicional, mas como um gênero de discurso ou debate que provém da razão. Cf.: TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*, pp. 281-283; TAYLOR, Charles. *A Esfera Pública*, p. 12.

⁷³⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, pp. 51-52.

⁷³¹ Cf. FILGUEIRAS, Fernando. *Interesses*. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). *Corrupção*, p. 160.

diretrizes que informam o sistema constitucional de direitos fundamentais). Ademais, a interpretação é sempre sindicável perante o Poder Judiciário.

2.3 A inafastabilidade da jurisdição e a posição da racionalidade judicial

Evidentemente que o reconhecimento de um amplo catálogo de direitos que possam ser exigidos visando ou uma abstenção ou uma prestação do Estado e mesmo de outros indivíduos requer uma ou mais instâncias em que se possa fazer valer essa exigência. Disso não decorre automaticamente que deva ser o Poder Judiciário essa única ou última instância. Conforme anota Michael Perry, “fazer sentido para uma democracia liberal entrincheirar direitos humanos não acarreta que também faça sentido para [ela] conferir a seus tribunais o poder de proteger (aplicar) os direitos entrincheirados”, já que uma constituição com direitos entrincheirados pode remeter a interpretação definitiva das normas que os reconhecem ao processo democrático.⁷³²

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 reconhece tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo como instâncias em que os direitos fundamentais possam adquirir sentido e ser exigidos.⁷³³ Ambas as instâncias devem estruturar-se de maneira a proporcionar o embate de idéias, de visões de mundo, bem como o oferecimento de resistência e de reivindicações plurais. No entanto, ela também franqueia um amplo acesso ao Poder Judiciário para garantia efetiva dos direitos reconhecidos e porventura ofendidos ou mesmo ameaçados (inclusive pelo próprio legislador e pelo administrador), vedando a instituição de qualquer outro juízo ou tribunal de exceção (artigo 5º, incisos XXXV e XXXVII) – além de contemplar uma série de mecanismos

⁷³² PERRY, Michael. Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrincheirados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar? In: TAVARES, André Ramos (Coord.). Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 92.

⁷³³ Isso fica evidente, no âmbito do Poder Legislativo, pela previsão da representação proporcional (em nível federal, especialmente na Câmara dos Deputados) de partidos políticos que defendam diferentes tipos de interesse (artigo 1º, inciso V, 45, 51, parágrafos 1º e 4º), bem como pela abertura da possibilidade de participação popular direta por vários mecanismos de democracia direta, como o *plebiscito* (artigo 14, inciso I), o *referendo* (artigo 14, inciso II), a *iniciativa popular* de projeto de lei (artigos 14, inciso III, 27, parágrafo 4º; e 29, inciso XIII), as *audiências e consultas públicas* (artigo 58, parágrafo 2º, inciso II). No âmbito do Poder Executivo, transparece pela possibilidade de participação em *conselhos populares* que congreguem interesses profissionais (artigo 10), de planejamento municipal (artigo 29, inciso XII), de seguridade social (artigo 194, inciso VII), de saúde (artigo 198, incisos I e III), de assistência social (artigo 204), de educação (artigo 206, inciso VI); e também pela possibilidade de *reclamação nas ouvidorias públicas* (artigo 37, parágrafo 3º, inciso I). No âmbito de ambos os Poderes, há possibilidade de manejo do *direito de petição e obtenção de certidões* para defesa de direitos ou defesa contra ilegalidade ou abuso (artigo 5º, inciso, XXXIV, “a” e “b”).

judiciais específicos (os “remédios constitucionais”) destinados à salvaguarda desses direitos em face de ação ou omissão estatal, tais o direito de petição e de certidão, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular (artigo 5º, incisos LXVIII a LXXIII). Barroso menciona a existência de um elemento instrumental inerente ao mínimo existencial da dignidade humana: “o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos fundamentais.”⁷³⁴ Também o extenso plexo de competências arroladas ao longo do Capítulo III do Título IV (artigos 92 a 126) tornam evidente o papel de destaque que Poder Judiciário assume na Constituição de 1988; mais que resguardar direitos, nos termos do artigo 102 compete “ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...).”

Malgrado o fortalecimento do Poder Judiciário como instância de controle das demais funções do Estado (notadamente a do Poder Legislativo) seja um primeiro aceno ao constitucionalismo do Estado de Direito, vinculado às teorias liberais igualitárias, o entrecruzamento entre teorias diversas não impede que outras teorias se compadeçam com tal postulado. As teorias procedimentalistas ou libertárias, por exemplo, podem ser compatíveis com um Poder Judiciário forte, desde que sua força, no entanto, se concentre em defender, no primeiro caso, as condições para desenvolvimento do processo democrático (condições formais e substanciais, estas últimas desde que relacionadas à participação democrático-processual) e, no segundo, as condições substanciais relacionadas ao exercício da autonomia privada.⁷³⁵ É preciso ter em mente, assim, duas questões relacionadas ao limite da intervenção judicial: a primeira diz com o papel que o Poder Judiciário é chamado a exercer, isto é, com base em que padrão formula qualquer controle; a outra diz com uma questão de atitude.

Algumas formas de comunitarismo e de republicanismo comunitário são compatíveis com um Poder Judiciário forte, defendendo, no entanto, que ele deva

⁷³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, pp. 336/337. Clèmerson M. Clève complementa: “não basta haver Judiciário; é necessário haver judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa.” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*, pp. 50/51)

⁷³⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 92; LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiv procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 54 *et seq.*

funcionar como uma instância “co-política”, que faz valer em última instância os valores compartilhados em sociedade. Essa é a leitura de Gisele Cittadino, para quem “comunitários e republicanos optam por uma prestação jurisdicional orientada por valores. Nesta perspectiva, a hermenêutica constitucional deve tomar as normas e os princípios inscritos na Constituição como bens teleológicos, em uma tarefa de atualização de valores materiais preestabelecidos”⁷³⁶ O pensamento de Cittadino não se apresenta exatamente claro quanto a como se deve portar o Poder Judiciário num Estado brasileiro comunitário (ela inicialmente apresenta uma síntese das teorias de Taylor e Walzer sobre a expedição de leis especiais de proteção de minorias, que seriam mesmo contrárias ao controle jurisdicional, por frustrarem as expectativas de autodeterminação de um povo).⁷³⁷ Do que se pode compreender de sua argumentação seguinte (apoiada nas preleções de Bruce Ackerman), ela enfatiza que princípios e normas constitucionais são sobretudo valores; como os direitos fundamentais são apenas alguns dentre vários outros valores derivados da soberania popular, o Poder Judiciário não pode interferir nas grandes decisões políticas legislativas de um povo (as “decisões políticas revolucionárias”), fortemente mobilizado, inclusive quando extingam direitos fundamentais.⁷³⁸

No Brasil essa questão não se coloca no âmbito da (permanência da) ordem constitucional vigente, haja vista que as normas que asseguram direitos fundamentais são consideradas imutáveis (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).⁷³⁹ Seria preciso no mínimo romper com a ordem vigente, instaurando uma nova ordem. O que se

⁷³⁶ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, p. 182. Cf. também BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, pp. 92/93.

⁷³⁷ Cf. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, pp. 194-198.

⁷³⁸ Cf. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, p. 199. Seriam condições de uma grande decisão revolucionária: convencer um número extraordinário de cidadãos a discuti-la com seriedade; os seus opositores devem ter tido amplas condições de expor os seus argumentos em contrário; a maioria dos cidadãos deve apoiar a decisão, devendo ela ser discutida nas instâncias constitucionais adequadas, especialmente no âmbito da Suprema Corte (Ibidem, p. 200).

⁷³⁹ A Constituição fala em imutabilidade dos direitos “individuais”, havendo divergência sobre se estariam abrangidos os direitos sociais. Uma vez que os direitos sociais são sempre de titularidade individual (mesmo alguns direitos de fruição coletiva, como os direitos de reunião, de associação, de formação de partidos políticos), parece que eles também se compreendem no âmbito de reserva de justiça assegurado pelo dispositivo. Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, p. 223. Em sentido contrário: DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, pp. 74-76; DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional, pp. 130-131.

apresenta problemático no pensamento de Cittadino é, como dito no início, a baixa densidade normativa que ela empresta aos direitos fundamentais: ela vê as normas constitucionais asseguradoras de direitos especialmente como valores políticos que, juntamente com outros, devem teleologicamente ser implementados – defendendo um tipo de *consequencialismo* incompatível com a Constituição.⁷⁴⁰ Não que os direitos fundamentais não tragam em si uma dimensão *axiológica*; eles ostentam uma dimensão representativa de valores, mas não só isso; a sua dimensão *normativa* não pode ser simplesmente ignorada, ou livremente “ponderada” no exercício da jurisdição, como se se tratasse de uma decisão política acerca de qual valor seria preferível à bem da sociedade, e qual deveria ceder. Os padrões normativos que asseguram direitos são princípios, não políticas. O sentido forte de *direito* (*right*) cobra uma postura deontológica do Poder Judiciário, no sentido de assegurá-lo contra qualquer ofensa – quer resulte de uma *ação*, quer de uma *omissão* estatal, qualquer que seja o bem coletivo em jogo. Isso exige um controle de constitucionalidade forte (tanto pela via difusa como pela concentrada) quando estejam em jogo os direitos fundamentais, tanto dos que asseguram uma esfera mínima de autonomia individual (protegendo o indivíduo contra leis perfeccionistas, por exemplo) como dos direitos sociais (os que se relacionam ao mínimo existencial).

Ao Poder Judiciário cabe, de tal arte, exercer, com relação à atuação do Poder Legislativo, um controle forte quando se trate: de proteger o conteúdo mínimo de cada direito fundamental, esteja ou não relacionado diretamente à dignidade (força negativa do trunfo); de promover *pelo menos* os direitos fundamentais que garantem o mínimo existencial inerentes a uma vida digna (força positiva do trunfo).⁷⁴¹ Mesmo quando o Poder Judiciário é levado a decidir um caso envolvendo direitos fundamentais baseado em princípios, no mais das vezes vertidos em expressões indeterminadas de conceito (igualdade, crueldade, dignidade, etc.), é preciso distinguir *conceito* de *concepção*, no âmbito de uma teoria do significado:⁷⁴² um conceito representa sempre algo

⁷⁴⁰ Cf. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, pp. 43/44. Como já mencionado, Cittadino refere explicitamente que a dimensão axiológica dos direitos fundamentais supera-lhes a dimensão deontológica (Ibidem, p. 46).

⁷⁴¹ Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 132 *et seq.*

⁷⁴² Para Rawls, conceito de justiça e concepções de justiça distinguem-se em que o *conceito de justiça* é formado pelo consenso acerca de determinados princípios por parte das várias *concepções de justiça*, que todavia

compartilhado, produto de um consenso mínimo; do contrário já não será mais um conceito, mas uma concepção, particularizada e possivelmente divergente de outras concepções. O Poder Judiciário não deve ser cético com relação aos direitos assegurados constitucionalmente, no sentido de lhes não emprestar nenhuma extensão por ausência de configuração suficiente (o que revelaria uma postura extremamente conservadora), nem decidir o caso optando por uma concepção dentre outras, acerca das expressões indeterminadas inseridas nas normas constitucionais principiológicas (o que revelaria uma postura ativa, porém extremamente discricionária); o que deve é buscar o conceito de cada direito, mas isso diz mais de perto com a questão dos limites.⁷⁴³

Os *limites* da força do Poder Judiciário, e como ela se relaciona com a força dos outros poderes (notadamente do Poder Legislativo), depende de uma questão de “atitude” dos juízes em relação aos legisladores. Deixando de lado uma postura cética e conservadora, os juízes poderiam entender que têm a última palavra quanto ao juízo de (in)constitucionalidade das leis que afetem direitos fundamentais, no sentido de substituir, de maneira arrogante, as preferências ou a racionalidade dos legisladores (e eventualmente a dos administradores) por suas próprias convicções ou por sua própria racionalidade – o que colocaria em xeque a democracia constitucional.⁷⁴⁴ No caso do Brasil, o controle de constitucionalidade dos atos normativos (especialmente legais) é uma atribuição comum dos três poderes: no caso das leis, ele ocorre internamente ao próprio Poder Legislativo, no âmbito das Comissões de Constituição e Justiça de cada casa do Congresso Nacional (artigo 58); no âmbito do Poder Executivo, tem ensejo de ocorrer através do veto presidencial (artigo 66, parágrafo 1º); e também pelo Poder Judiciário, pode ocorrer tanto pela via concentrada como pela difusa (artigos 97, 102,

podem interpretá-los diferentemente. De modo semelhante, Dworkin alude a conceito de justiça quando se recorre ao significado do conceito de justiça, sem que se atribua qualquer importância aos pontos de vista pessoais sobre a questão, enquanto uma concepção de justiça é formulada quando já há um sentido particular para o conceito de justiça, estando esse sentido particular no cerne da formulação. Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, pp. 6 e 11; e DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 213.

⁷⁴³ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 213 *et seq.*

⁷⁴⁴ Cf. PERRY, Michael. *Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrincheirados*. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional*, p. 94; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 193 *et seq.*

inciso I, alínea “a” e inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”).⁷⁴⁵ Embora de um lado o Supremo Tribunal Federal faça a guarda da Constituição, por outro todo o poder emana do povo, que, se não o exerce diretamente, exerce-o por seus representantes, tanto no Poder Executivo como sobretudo no Poder Legislativo (artigo 1º, parágrafo 1º). É preciso, portanto, compatibilizar o *regime das liberdades* com a *soberania popular*, ou o constitucionalismo do *Estado de Direito* com o *constitucionalismo do Estado Democrático*.

Perry tem uma opinião interessante, baseada na lição de James Bradley Thayer, no sentido de que os juízes devem adotar uma “atitude de deferência” para com os legisladores: “Para ocorrer de um juiz adotar uma atitude de deferência – para que se oriente deferencialmente – este deve estar preparado para reconhecer que uma lei/política impugnada não infringe uma norma de direitos humanos (constitucionalmente entrincheirado) se a alegação de que a lei/política não infringe uma norma é uma alegação ‘não desarrazoada’” – o que revela uma postura moderada.⁷⁴⁶ Essa resposta, contudo – que supõe que os procedimentos democráticos têm maior probabilidade do que os procedimentos judiciais de chegar a resultados melhor fundamentados sobre direitos fundamentais –, não é satisfatória. O Poder Legislativo é composto de grupos com interesses diversos, cujas maiorias se sucedem ocasionalmente; nele não discute com a mesma amplitude e qualidade todos os temas da agenda política parlamentar. Em meio à corrupção, ao descaso, aos jogos de interesses e negociações, pode acontecer de o produto normativo final vertido em lei não corresponder a nenhum conceito de justiça e nem à vontade (e aos valores) do povo, e ainda assim se situar dentro da margem da razoabilidade.

Assim, parece que os juízes devem guardar alguma deferência, mas não à vontade do legislador, e sim à história institucional – o que não deixa de ser um

⁷⁴⁵ Os casos de inconstitucionalidade de atos normativos emanados da Administração Pública (tipicamente, pelo Poder Executivo) são mais raros, mas também ensejam controle interno, pelo próprio Poder Executivo (por força do princípio da constitucionalidade, ou do princípio da legalidade, entendido enquanto bloco de juridicidade), pelo Poder Judiciário (artigos 97, 102, inciso I, alínea “a”), e pelo Poder Legislativo, se bem que neste último caso o controle seja mais forte quanto a aspectos de legalidade (artigo 49, inciso V).

⁷⁴⁶ PERRY, Michael. Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrincheirados. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional*, p. 94.

componente holista.⁷⁴⁷ O que Dworkin oferece, nesse sentido, é um método particular de ler e executar uma Constituição política, a que chama de “leitura moral”, que propõe que todos interpretem e apliquem os dispositivos abstratos da Constituição considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça – com o que se procura inserir a moralidade política no âmago do Direito Constitucional.⁷⁴⁸ Segundo essa forma de leitura, mesmo dispositivos vazados numa linguagem moral excessivamente abstrata devem ser interpretados segundo o seu sentido corrente, “de maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem.”⁷⁴⁹ Tais tipos de dispositivos (princípios) exigem primeiramente a consideração da *conjuntura histórica* em que se encontravam os autores (*framers*) do dispositivo, quando o fizeram (as regras dispensam essa consideração de conjuntura); é preciso considerar também as *palavras* utilizadas, devendo supor-se que os autores do dispositivo tenham querido dizer, através das palavras usadas, o que tais palavras normalmente serviriam para significar naquele momento histórico; mesmo havendo várias interpretações possíveis, é preciso questionar qual delas “mais sensatamente” poderia ser atribuída ao dispositivo, o que exige certa *integridade* para com a Constituição.⁷⁵⁰

Em síntese, as limitações impostas pela leitura moral seriam as seguintes. Em primeiro lugar, a interpretação deve partir do que os autores disseram no dispositivo a ser interpretado, e tem que se basear em informações sobre eles e sobre o contexto histórico em que foram redigidos tais dispositivos (o que interessa é o que queriam *dizer*, e não outras intenções, como os *efeitos visados*). Em segundo lugar, a interpretação exige integridade constitucional dos juízes: “Têm [eles] que considerar que fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras.”⁷⁵¹ E em terceiro lugar, os juízes devem submeter-se à opinião pública (“opinião geral”)

⁷⁴⁷ Sobre a hermenêutica constitucional liberal de Dworkin, depois de reconhecer que sua teoria comporta uma concepção de comunidade e de vinculação a um conjunto de princípios substantivos compartilhados, Cittadino observa que nem por isso se pode transformá-lo em um representante do pensamento comunitário, já que sua teoria se ampara em bases universalistas. Cf. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, pp. 222-223.

⁷⁴⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade, p. 2.

⁷⁴⁹ DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade, p. 10.

⁷⁵⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade, pp. 12-13.

⁷⁵¹ DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade, p. 15.

sobre o caráter do poder que a Constituição lhes confere; a leitura moral lhes pede que encontrem a melhor solução, o melhor sentido, a melhor concepção dos princípios abstratos, que se encaixe no conjunto da tradição do Estado.⁷⁵² Há quase duas décadas Clèmerson M. Clève já argumentava – num sentido compatível com uma leitura moral da Constituição – que os juízes, ao distribuírem a justiça deduzindo seu sentido do texto constitucional, sobre expressarem objetivamente as razões (os fundamentos) que os levaram a decidir desta ou daquela maneira, devem também assumir, na fundamentação de suas decisões, a “ideologia” que as orienta.⁷⁵³

Note-se que isso não implica em desapego à dimensão normativa das normas asseguradoras de direitos fundamentais: conforme observa Dworkin, “a sugestão de que os direitos podem ser demonstrados ao longo [tão somente] de um processo histórico, e não por um apelo a princípios, mostra uma certa confusão ou uma falta de interesse real pelo que são direitos. Uma reivindicação de direito pressupõe um argumento [baseado em um princípio] moral e não pode ser estabelecida de nenhum outro modo.”⁷⁵⁴ A história institucional é apenas um componente da função julgadora.⁷⁵⁵

3 UMA TEORIA RESTRITA DO BEM COMUM, PLURALISMO MORAL E TOLERÂNCIA

Se se pode falar de um bem comum objetivado pela Constituição de 1988, ele deve ser captado não apenas, mas especialmente a partir do seu artigo 3º. Como dito, este dispositivo indica como *objetivos fundamentais* da república brasileira: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III); e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Além disso, a república brasileira se constitui em um Estado

⁷⁵² Cf. DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade, pp. 15-16.

⁷⁵³ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito), pp. 41 e

46.

⁷⁵⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 230.

⁷⁵⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, p. 136.

social que, como tal, deve assumir, por determinação constitucional, uma postura interventiva na esfera sócio-econômica, tendo como *fim* mais específico, na ordem econômica, buscar assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170), e, na ordem social, buscar o bem-estar e a justiça sociais (artigo 193).

Evidentemente que daí resulta um Estado não-neutro. O Estado deve assumir uma posição claramente definida em favor da justiça e da igualdade social, e isso, como lembra Dworkin, implica em tornar algumas formas de vida mais difíceis que outras: “a tolerância não chega a ser o que se poderia considerar uma neutralidade absoluta.”⁷⁵⁶ Mas isso não significa, por um lado, que o Estado esboce uma preferência moral por uma dada forma de vida, por considerá-la melhor que as demais, ou que não remanesça um amplo espaço para o pluralismo moral: a racionalidade da Constituição se orienta a proporcionar a todos iguais condições (igualdade de oportunidades) para que vivam com um mínimo de dignidade (igualdade de respeito), de maneira tal que daí em diante tenham condições de realizar seus projetos pessoais de vida boa, não havendo em princípio nenhuma opção do constituinte sobre quais formas de vida seriam mais valiosas que outras (igualdade de consideração). Por outro lado, o fato de a Constituição assumir um compromisso com a igualdade social não implica, *só por si*, na prefiguração de um Estado *paternalista*, que utilize o poder político para conformar aqueles que com suas opções pessoais possam arruinar suas próprias vidas: os recursos ou direitos sociais que, nos termos da Constituição (analisar os termos das políticas infraconstitucionais é já uma outra questão), o Estado deve colocar à disposição das pessoas não implicam numa escolha por uma ou outra maneira melhor de viver; apenas procuram igualá-las em dignidade e em autonomia, proporcionando que todos tenham condições de ser responsáveis pelas próprias escolhas que afetem diretamente a sua existência.

⁷⁵⁶ “Qualquer esquema político e econômico tornará alguns tipos de vida mais difíceis e mais caros de se levar do que em outros esquemas. É muito menos provável que alguém esteja em posição de fazer uma grande coleção de obras-primas do Renascimento em um sistema de igualdade liberal do que no capitalismo irrestrito. Mas a igualdade liberal põe tal vida em risco só porque a distribuição justa de recursos tem tal consequência, e não por julgar que colecionar arte seja intrinsecamente indigno ou degradante.” (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 394/395)

Os deveres que a Constituição impõe ao Estado no sentido de igualar as pessoas em recursos, oportunidades e dignidade devem ser contrastados com os direitos fundamentais inerentes à liberdade, cujos conteúdos normativos mínimos devem funcionar como trunfos em favor dos indivíduos contra o Estado, impedindo, pelo menos em larga medida, que o legislador tenha condições de afirmar que as pessoas devem viver de um determinado modo, considerado como melhor pela maioria em relação a outros modos possíveis. N'outro dizer, as pessoas podem, no plano moral, ter suas convicções de toda ordem sobre qual a melhor vida a se levar, e inclusive podem defendê-las com fervor: mas não podem se utilizar da lei para impor tais convicções aos demais.⁷⁵⁷ A lei não pode ser usada por uma maioria (por uma maioria de uma minoria) para impor aos demais determinadas concepções de bem: deve, ao contrário, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV).⁷⁵⁸

Eventuais restrições ou conformações de direitos obviamente que podem ser feitas, observados o interesse geral. Mesmo uma teoria liberal igualitária como a de Rawls não nega essa possibilidade.⁷⁵⁹ Mas, como diferencia Dworkin, o que se admite são limitações e conformações baseadas em critérios de justiça.

Nesse sentido, mesmo quando, no que concerne à ordem social, a Constituição impõe dados deveres não apenas ao Estado, como inclusive às pessoas – no que concerne à educação (artigo 205) e à atenção e cuidados gerais para com as pessoas da família, especialmente na relação entre pais e filhos (artigos 227, 229 e 230) – tais exigências se prendem a questões de *justiça*, e não a questões *éticas*.⁷⁶⁰ Isto é, a Constituição não impõe tais deveres às pessoas por entender que se desincumbir deles

⁷⁵⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 394-396.

⁷⁵⁸ “A democracia não aniquila o espaço de autonomia individual” – anota Desiree. “Antes o garante, ao permitir que, democraticamente, o cidadão possa se expressar no debate político e expor – ou não – suas convicções pessoais a respeito do que deve ser o conteúdo da ordem jurídica e da atuação do Estado. A exigência da responsabilidade pelas decisões tomadas pela sociedade não é uma ofensa à autonomia – faz parte do ideal republicano, da ação coletiva comum. A concepção democrática tampouco abarca todas as opções e possibilidades individuais. O debate político e a definição por decisões coletivas limitam-se às instituições e prescrições de condutas necessárias para a convivência social que assegure tratamento com igual consideração e respeito a todos os cidadãos. Há, portanto, questões que não são – e não podem ser – colocadas no debate democrático. Há temas que a deliberação democrática não alcança, pois estão para além do espaço de determinação coletiva.” (SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 23)

⁷⁵⁹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 230.

⁷⁶⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, pp. 394-396.

é bom para elas, mas sim para assegurar um direito daquele em favor de quem se estabelece o dever – tanto quanto ela impõe, por exemplo, o dever de não furtar e não matar, em proteção dos direitos ao patrimônio e à vida dos demais.⁷⁶¹

Mesmo devendo observar os cânones do princípio da igualdade, não há nada, portanto, na Constituição que predetermine o Estado a funcionar no sentido de ensinar as pessoas a viverem suas próprias vidas, de maneira que pudesse revelar uma opção constitucional por pelo menos uma dada forma de vida, tomada como mais valiosa que as demais. O artigo 210 até poderia suscitar alguma dúvida: a educação poderia ser um instrumento de “conformação” das pessoas.⁷⁶² Mas o que a Constituição exige é a fixação de *conteúdos mínimos* para o ensino fundamental, “de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.” Mais uma vez, trata-se de uma exigência de justiça, no sentido de que deve proporcionar às pessoas condições de exercer bem as demais liberdades públicas, assim as de ordem civil (relacionadas à formação da opinião, à comunicação e expressão do pensamento, etc.) como de ordem política (relacionadas à participação).

⁷⁶¹ Cumpre novamente reiterar pelo menos uma exceção constitucional: aquela prefigurada no artigo 225, que se relaciona ao dever de proteção ambiental – que revela uma influência marginal de teorias comunitaristas.

⁷⁶² Conforme anota Walzer, a educação traz a lume uma questão importante: a da reprodução do próprio regime de tolerância, dado “o dever de o regime ensinar a todas as crianças, sem distinção de grupos a que elas pertençam, o valor de seus próprios arranjos constitucionais e as virtudes de seus fundadores, heróis e líderes locais.” Este ensino, mais ou menos unitário, rivaliza com as concepções culturais próprias dos grupos minoritários. Cf. WALZER, Michael. *Da Tolerância*. Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 93.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Uma breve incursão por algumas das principais teorias da justiça demonstra aspectos chaves que as definem e dissociam uma e relação à outra.

Entre as teorias liberais igualitárias (que não se confundem com as teorias liberais clássicas, que defendem um Estado absolutamente neutro e abstencionista), fica evidente a preocupação com o aspecto da igualdade social, seja de oportunidades, seja de recursos, de maneira a proporcionar que todos tenham condições de escolher seus planos de vida e executá-los da melhor maneira possível. Os direitos da igualdade e da liberdade assumem uma forte dimensão deontológica, isto é, no sentido de que não ficam subordinados a questões de interesse ou bem-estar geral.

Entre as teorias comunitaristas, sobressai a preocupação com o que é bom para a coletividade como um todo, sendo esse bom apreendido a partir das tradições e práticas culturais, ainda que isso implique em sacrificar direitos individuais. A rigor, os direitos devem ser concebidos na razão (em termos de “medida” e “conformidade”) do bem que proporcionam aos valores da comunidade, a qual assume um papel crucial na constituição das identidades individuais e grupais.

Nas teorias republicanas o que sobressai é a preocupação com as condições institucionais do governo, e também com algumas condições pessoais para o seu bom exercício, articulando, de tal arte, as liberdades positiva (enquanto participação política) e negativa (enquanto “não-intervenção”, para usar uma expressão com sentido genérico). Os republicanismos aproximam-se dos comunitaristas quando valorizam os direitos e liberdades no sentido de assegurar a ampla participação política (liberdade positiva) como um bem em si, sendo esse bem definido conjuntamente, ainda que isso implique em subordinar os demais direitos civis aos interesses da coletividade. E aproximam-se dos liberais igualitários quando concebem os direitos de participação como uma forma de assegurar os demais direitos civis inerentes à autonomia individual contra qualquer forma de interferência arbitrária (liberdade negativa), assumindo tais direitos um certo valor deontológico.

Concebidas assim, de maneira mais ou menos pura, essas teorias penetram nas constituições da metade do século XX, que procuram articular direitos fundamentais, caras ao liberalismo e ao republicanismo de viés liberal, com a democracia, cara ao comunitarismo e ao republicanismo de viés comunitário. Em princípio, uma constituição comunitária e republicano-comunitária contempla uma tábua de normas em que sobressai a dimensão axiológica, que dirige, dali em diante (como ponto de partida), um programa político-estatal a ser implementado. Por outro lado, numa constituição liberal igualitária e republicano-liberal sobressai um conjunto de normas que estabelece uma tábua de direitos fundamentais inerentes à liberdade, os quais, dada a força de sua dimensão deontológica (o que não significa que não tenham também uma dimensão axiológica), funcionam como conquistas da civilização (ponto de chegada); nessas mesmas constituições há ou pode haver normas que contemplem também direitos relacionados à promoção da igualdade, que tem uma acentuada dimensão político-programática (eis que demandam significativa complementação legislativa posterior), mas à qual, ainda assim, se valoriza a dimensão deontológica, de maneira a vincular e comprometer o legislador com os conteúdos mínimos do sistema de direitos fundamentais.

A análise estrutural da Constituição de 1988 revela que a matriz teórica que a informa é antes liberal igualitária (ou republicano liberal) do que comunitarista (ou republicano comunitária). E isso em razão de pelos três aspectos fundamentais.

Primeiro pelo conteúdo dos princípios fundamentais estruturantes da Constituição (dentre os quais merece realce o da dignidade da pessoa humana) e pela forma como eles se relacionam com o extenso catálogo de direitos fundamentais consagrados. Dentre esses direitos, não se acham apenas aqueles inerentes à liberdade e autonomia, mas também os inerentes à igualdade social e à participação política – o que ressalta o aspecto igualitário da Constituição, compatível tanto com o liberalismo igualitário como com o republicanismo. A interpretação desses direitos à luz do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana parece cobrar um sentido deontológico bastante saliente desses direitos, de maneira a não se reconhecer neles apenas uma dimensão axiológica, mas sobretudo uma dimensão normativa ou prescritiva, que compromete o Estado (e eventualmente os próprios indivíduos) com a

sua promoção. É dizer: a realização ou não de direitos não é uma questão de valor, livremente discutida no âmbito dos canais políticos de manifestação estatal; há um conteúdo mínimo desses direitos que não apenas se acha fora da esfera de deliberação política (a parte garantista da Constituição), como de resto a vincula com determinadas obrigações positivas, no sentido de impor a realização (da parte dirigente) da Constituição.

Em segundo lugar, pela forma de organização do Estado, que se orienta pela idéia e para a realização desses direitos constitucionalmente assegurados. Não apenas a estrutura estatal é estabelecida de maneira a que o poder limite o poder, como inclusive se reconhece o Poder Judiciário como última instância no sentido de assegurar a proteção dos direitos – o que não significa que o juiz esteja livre para decidir de acordo com suas convicções e sua moralidade pessoal (o que, de resto, seria contrário à própria idéia de direitos, num sentido deontológico forte)

Em terceiro, pela teoria restrita de bem comum que subjaz à Constituição, conforme resulta de uma interpretação sistemática tanto dos princípios estruturantes que estabelecem os objetivos fundamentais da república como daqueles que asseguram os direitos fundamentais inerentes à liberdade individual.

Duas observações, que dizem respeito à diversidade de influências teóricas que ocorrem em maior ou menor medida ao texto constitucional de 1988, parecem oportunas. A primeira diz com a lembrança de que aqui foi tratada apenas da principal influência teórica – o que não significa ignorar outras influências marginais. A segunda adverte para a necessidade de que, tanto quanto se busca preservar a dimensão axiológica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais em face das inventivas neoliberais, assim também se deve buscar preservar a sua normatividade em face de algumas pretensões que subordinam tais direitos a algum tipo de bem comum substantivo transcendente, e que pode conduzir a outras formas de opressão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADÃO, Tiago Lara. A Filosofia Ocidental do Renascimento aos Nossos Dias. 6 ed. Petrópolis: vozes, 1999.
- AGRA, Walber de Moura. Republicanismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO, Cícero. Apresentação e entrevista. In: POCOCK, John G. A. A angústia republicana. Lua Nova, São Paulo, n. 51, pp. 31-40, 2000.
- _____. As virtudes do interesse próprio. São Paulo, Lua Nova, n. 38, pp. 77-95, 1996.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1984, pp. 47-236 (Col. Os Pensadores).
- ASSOUN, Paul-Laurent. A Escola de Frankfurt. Tradução de Helena Cardoso. São Paulo: Ática, 1991.
- ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo, Landy, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARRAL, Welber; WOLKMER, Antônio Carlos; SEN, Amartya; WOLKMER, Maria de Fátima S. Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- BAUMAN, Zygmunt. Em Busca da Política. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.
- BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. Tradução de Luiz João Baraúna. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Lua Nova, São Paulo, n. 61, pp. 5-24, 2004.
- BERLIN, Isaiah. *Two concepts of liberty*. In: GOODING, Robert. E.; PETTIT, Philip (Ed.). *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. Oxford/Cambridge: Blackwell Publishers, 1997, pp. 391-417.
- BERTEN, André. A epistemologia holista-individualista e o republicanismo liberal de Philip Pettit. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 115, pp. 9-31, jun.2007.
- BIGNOTTO, Newton. As fronteiras da Ética. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, pp. 113-125.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política I. Tradução de Carmen C. Varriale *et al*; coordenação da tradução de João Ferreira; revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11 ed., 1998.
- BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. Tradução de Alfredo Fait. 2 ed. São Paulo: Mandarim, 2000.
- _____. O Futuro da Democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra Editora, 2002
- BONELLA, Alcino Eduardo. Justiça como equidade e utilitarismo. *Educação e Filosofia*, v. 12, n. 23, pp. 129-140, jun./jul.1998.
- BONILLA, Daniel e JARAMILLO, Isabel Cristina. *El Igualitarismo Liberal de Dworkin. Estudio Preliminar*. In: DWORKIN, Ronald. *La Comunidad Liberal*. Tradução de Cláudia Montilla. Bogotá: Siglo Del Hombre: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1996.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O surgimento do Estado republicano. Lua Nova, São Paulo, n. 62, pp. 131-150, 2004.
- BUNCHAFT, Maria Eugênia. Filosofia Política do Reconhecimento. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia Política Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 373-395.

- CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Pensamento liberal e pensamento democrático: John Stuart Mill. *In*: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). Direito e Política. Porto Alegre: Síntese, 2004, pp. 55-62
- CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista. 2 ed. Campinas: Millennium, 2007.
- CAMPBELL, Tom. La Justicia. Tradução de Silvina Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedida, 2003.
- CAPELLA, Juan Ramón. Os Cidadãos Servos. Tradução de Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- CARVALHO, Helder Buenos Aires. Comunidade moral e política na ética das virtudes de Alasdair MacIntyre. *Ethic@*, Florianópolis, v. 6, n. 4, pp. 17-30, ago.2007.
- CASAMIGLIA, Alberto. *El concepto de integridad en Dworkin. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 12, pp. 155-176, 1992.
- CHÂTELET, François. Uma História da Razão: entrevistas com Émile Noël. Prefácio de Jean-Toussaint Desanti; tradução de Lucy Magalhães; revisão de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.
- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.
- CHAUÍ, Marilena. Público, privado e despostismo. *In*: NOVAES, Adauto (Org.). Ética. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, pp. 113-125
- CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993.
- _____. Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- COHEN, Joshua. Igualitarismo, internacionalização e cidadania. Tradução de Eduardo Cesar Marques; revisão técnica de Zairo B. Cheibub. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 15, n. 44, pp. 161-170, out./2000.

- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, pp. 75-98.
- COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.); SANTORO, Emílio (Col.). O Estado de Direito: história, teoria, crítica. Tradução de Carlos Alberto Datoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DELACAMPAGNE, Christian. História da Filosofia no Século XX. Tradução de Lucy Magalhães; consultoria de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- DELGADO, José Manuel de Avelino de Pina. A teoria dos direitos culturais de minorias de Kymlicka: uma proposta alternativa de Justiça no Estado Democrático de Direito. In: SANTOS, Rogério Dutra (Org.). Direito e Política. Porto Alegre: Síntese, 2004, pp. 141-153.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2007.
- _____; _____. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 118-136.
- DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 213-226.
- DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Uma teoria da justiça para os dilemas da sociedade contemporânea: anotações em torno da resposta liberal de John Rawls. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 577-611.
- DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e Democracia I. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, pp. 2-11, 1995.
- _____. *La Comunidad Liberal*. Tradução de Cláudia Montilla. Bogotá: Siglo Del Hombre: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1996.

- _____. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e revisão da tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FERES JÚNIOR, João. Interesse público. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). Corrupção: ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, pp. 163-172.
- FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. O comunitarismo cívico em Walzer e Putnam. Lua Nova, São Paulo, n. 51, pp. 71-96, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, pp. 13-29.
- _____. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.
- FILGUEIRAS, Fernando. Interesses. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). Corrupção: ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, pp. 155-162.
- _____. Justiça, legitimidade e interesse público. Artigo apresentado no VII Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Recife/PE. Disponível em: <http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/18_6_2010_17_12_2.pdf>. Acesso em: 3 fev.2011, pp. 25-26.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007.
- FORST, Rainer. Contextos da Justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.
- FREUND, Julien. Sociologia de Max Weber. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa; revisão de Paulo Guimarães do Couto. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GABARDO, Emerson. Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do Direito Político. Barueri: Manole, 2003.

_____. O pós-moderno príncipe e a busca pela tranquilidade da alma. //: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 13-45.

_____. Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do Bem e do Mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: a crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 11-66.

GARGARELLA, Roberto. As Teorias da Justiça Depois de Rawls: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire; revisão da tradução de Elza Maria Gasparotto; revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2008 (Col. Justiça e Direito).

_____. As pré-condições econômicas do autogoverno político. In: BORON, Atilio A. Filosofia Política Contemporânea: controvérsias sobre civilização, império e cidadania. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo-USP, 2006, pp. 279-294.

_____. La concepción colectivista de la democracia e sus enemigos. Isonomia, n. 25, pp. 195-204, out.2006.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Santiago de Chile: CEPAL/Asdi, 2009 (Série Políticas Sociales n. 153).

GOMEZ-MULLER, Alfredo. Os comunitaristas e a crítica ao individualismo liberal: Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil. Tradução de Alessandro Zur. São Leopoldo: Unisinos, 2004, pp. 652-660.

GOYARD-FABRE, Simone. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. O que é Democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRIFFITH, Ernest. Os fundamentos éticos do interesse público. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. In: Carl J. Friedrich (Ed.). O Interesse Público. Guanabara: Edições O Cruzeiro, 1966, pp. 25-36.
- GUIMARÃES, Juarez. Interesse público. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). Corrupção: ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, pp. 173-178.
- GUMBRECHT, Hans Ulrich. Modernização dos Sentidos. Tradução de Lawrence Flores Pereira. São Paulo: Ed. 34, 1998.
- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradução de Bruno de Oliveira Maciel; revisão técnica de Pedro Buck. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais-RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pp. 17-78, jan./mar.07.
- HALL, Stuart. A Identidade Cultural na Pós-modernidade. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 7 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- HAYEK, Friedrich August von. Os Fundamentos da Liberdade. Introdução e supervisão Henry Maksoud. Tradução de Anna Marica Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Visão, 1983.
- HERRERA GÓMEZ, Manuel. *Liberalismo versus Comunitarismo: seis voces para um debate e una proposta*. Navarra: Arazandi, 2007.
- HIRSCHMAN, Albert Otto. As Paixões e os Interesses: argumentos políticos para o capitalismo antes de seu triunfo. Tradução de Lúcia Campelo. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- INGENIEROS, José. O Homem Medíocre. Tradução de Alvanísio Damasceno. Curitiba: Livraria do Chain [s/d].
- KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 327-346.

- KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. Rawls: “Uma Teoria da Justiça” e seus críticos. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995.
- KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea: uma introdução. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (Col. Justiça e Direito).
- LECHENET, Annie. O republicanismo americano: Jefferson (1743-1826) e a busca da felicidade. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). História Argumentada da Filosofia Moral e Política: a felicidade e o útil. Tradução de Alessandro Zur. São Leopoldo: Unisinos, 2004, pp. 483-488.
- LEAL, Rogério Gesta. O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. El Estado de Derecho. Revista de Administración Pública-RAP, pp. 13-34, mar.1951.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio. Antropologia Filosófica II. São Paulo: Loyola, 1992.
- LOIS, Cecilia Caballero. O *overlapping consensus* e o conceito do político: a formação da democracia constitucional de John Rawls. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). Direito e Política. Porto Alegre: Síntese, 2004, pp. 115-128.
- LOIS, Cecilia Caballero (Org.); LEITE, Roberto Basione (Col.). Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas. São Paulo: Landy, 2005.
- LOIS, Cecilia Caballero; MARCHIORI, Daniel de Lena. O Constitucionalismo de John Rawls: elementos para a sua configuração. Revista da Faculdade de Direito-UFPR, Curitiba, n. 48, pp. 203-218, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social brasileiro. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 113-143.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. O liberalismo ético de Ronald Dworkin. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). Direito e Política. Porto Alegre: Síntese, 2004, pp. 129-139.
- LUDWIG, Celso Luiz. Para uma Filosofia da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.
- MACEDO JUNIOR, Renato Porto (Coord.). Curso de Filosofia Política: do nascimento da filosofia a Kant. São Paulo: Atlas, 2008.

- MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude. Tradução de Jussara Simões. revisão técnica de Helder Buenos Aires de Carvalho. Bauru: Edusc, 2001.
- _____. *The privatization of good: an inaugural lecture. Review of Politics*, v. 52, pp. 344-361, Summer 1990.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Constituição e diferença. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 285-308.
- MAIA, Antonio Cavalcanti; MENEZES, Tarcísio. Republicanismo contemporâneo, Constituição e Política. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 29-54.
- MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008.
- MARTINS, Daniele Comin. Democracia participativa e participação popular. In: SANTOS, Rogério Dutra (Org.). Direito e Política. Porto Alegre: Síntese, 2004, pp. 231-244.
- MAIA, Antonio Cavalcanti e MENEZES, Tarcísio. Republicanismo contemporâneo, Constituição e política. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 29-54.
- MELLO, Marcus André. Republicanismo, liberalismo e racionalidade. Lua Nova, São Paulo, n. 55-56, pp. 57-84, 2002.
- MILL, John Stuart. O Utilitarismo. Introdução e tradução de Alexandre Braga Massella; rev. Renata Cordeiro. São Paulo: Iluminuras, 2000.
- _____. Princípios de Economia Política: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Introdução de W. J. Ashley. Apresentação de Raul Ekerman; Tradução de Luiz João Baraúna. v. I. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- MOUFFE, Chantal. O Regresso do Político. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.
- _____. Teoria Política, Direitos e Democracia. Tradução de Katya Kozicki. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, pp. 379-392, 2004.
- _____. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. Tradução de Kelly Prudencio. Política & Sociedade, Florianópolis, v. 2, n. 03, pp. 11-26, out.2003.

- _____. Por um modelo agonístico de democracia. Tradução e resumo de Pablo Sanches Ghetti; revisão da tradução de Gustavo Biscaia de Lacerda. *Revista de Sociologia e Política da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, n. 25, pp. 11-23, nov.2005.
- _____. Democracia em um mundo multipolar. Palestra proferida no auditório do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná-UFPr, 23 abr.2010.
- NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- _____. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contra-majoritária dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro, 2007, pp. 79-113.
- OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Orgs.). *Os Sentidos da Democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Petrópolis: Vozes; FADESP; NEDIC, 1999.
- OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. Notas sobre dois livros de MacIntyre. *Lua Nova*, São Paulo, n. 64, pp. 117-129, 2005.
- _____. O mal-estar contemporâneo na perspectiva de Charles Taylor. *Revista Brasileira de Ciências Sociais-RBCS*, São Paulo, v. 21, n. 60, pp. 135-184, fev.2006.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Ética e Sociabilidade*. São Paulo: Loyola, 1993 (Coleção Filosofia 25)
- OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. A filosofia constitucional nos limites da simples razão: a herança kantiana. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 397-426.
- PARIJS, Philippe van. O que é uma Sociedade Justa? Introdução à prática da filosofia política. Tradução de Cintia Ávila de Carvalho; revisão técnica da tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 1997.
- _____. Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI? *Estudos Avançados*, v. 14, n. 40, pp. 179-210, 2000

- PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, pp. 347-385, 2003.
- PERRY, Michael. Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrincheirados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar? In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pp. 83-151.
- PETTIT, Philip. *Republicanism: una teoria sobre la libertad y el gobierno*. Tradução de Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999.
- _____. *Depolitzing democracy*. *Ratio Juris*, v. 17, n. 1, pp. 52-65, mar.2004.
- _____. *Democracia y evaluaciones compartidas*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. *Isonomia*, n. 23, pp. 51-56, out.2005.
- _____. *Teoria da Liberdade*. Tradução de Renato Sérgio Pupo Maciel; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- POCOCK, John G. A. *A angústia republicana*. Lua Nova, São Paulo, n. 51, pp. 31-40, 2000.
- RALWS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner; revisão técnica e da tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Partenot; seleção, apresentação e glossário de Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo; revisão da tradução de Álvaro de Vita. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 6 ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- RIBEIRO, Renato Janine. *O retorno do bom governo*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, pp. 101-111.
- _____. *Democracia versus república: a questão do desejo nas lutas sociais*. In: BIGNOTTO, Newton. *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2000, pp. 13-25.

_____. Por uma Nova Política. Cotia: Ateliê Editorial, 2003.

_____. A Democracia. 2 ed. São Paulo: Publifolha, 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Revista Interesse Público, Porto Alegre, ano 1, n. 4, pp. 23-48, out.-dez.1999.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. Tradução e notas de Edson Bini; revisão técnica de Alysson Leandro Mascaro. Bauru: Edipro, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2009.

ROUANET, Sérgio Paulo. As Razões do Iluminismo. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. Dilemas da moral iluminista. In: NOVAES, Adauto (Org.). Ética. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, pp. 149-163.

SALGADO, Eneida Desiree. Tijolo por Tijolo em um Desenho (Quase) Lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná-UFPR, 2005.

_____. Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná-UFPR, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A tradição comunitarista. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 245-284.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 113-146.

SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. *Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy*. Harvard University Press, 1996.

_____. *The procedural republic and the unencumbered self*. *Political Theory*, v. 12, n. 1, pp. 81-96, fev.1984.

- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *In*: LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2009, pp. 213-253.
- _____. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SEN, Amartya. *Equality of what?* In: GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip (Ed.). *Contemporary Political Philosophy: an anthology*. Oxford/UK: Blackwell Publishers; Cambridge/USA: Blackwell Publishers, 1997, pp. 476-486.
- SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução de Laura Teixeira da Motta; revisão técnica de Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Ricardo. Participação como contestação: a idéia de democracia no neo-republicanismo de Philip Pettit. *Política & Sociedade*, n. 11, pp. 199-220, out.2007.
- _____. Lei e liberdade no republicanismo de Skinner e Pettit. *Lua Nova*, São Paulo, v. 74, pp. 151-194, 2008.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 79-112.
- STEIN, Ernildo. Uma Breve Introdução à Filosofia. 2 ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.
- _____. Epistemologia Crítica da Modernidade. 3 ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

- _____. *As Fontes do Self: a construção da identidade moderna*. Tradução de Adail U. Sobral e Dinah de A. Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.
- _____. *La Ética de la Autenticidad*. Tradução de Pablo Carbajosa Pérez. Barcelona: Paidós, 1994.
- TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.
- TOURAINÉ, Alain. *O que é a Democracia?* Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre a Ética*. Tradução de Róbson Ramos dos Reis, Aloísio Reudell, Fernando Pio de Almeida Fleck, Ernildo Stein, Joãozinho Beckenkamp, Marianne Kolb, Mario Fleig (Grupo de doutorandos de Filosofia da Universidade do RS). 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Sindicar a Omissão Legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e prevenção do desgoverno*. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, pp. 87-109, mar.-abr.2007.
- _____. *Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais*. *Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo e Constitucional-A&C*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jan.-mar.2009, não paginado. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=57081>>. Acesso em: 5 fev.2011.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. *Lua Nova*, São Paulo, ano 3, n. 42, pp. 53-216, 1997.
- VITA, Álvaro de. *A Justiça Igualitária e seus Críticos*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais-RBCS*, São Paulo, v. 14, n. 39, pp. 41-59, fev.1999.
- _____. *Liberalismo igualitário e multiculturalismo (Sobre Brian Barry, *Culture and Equality*)*. *Lua Nova*, São Paulo, n. 55-56, pp. 5-27, 2002.
- WALZER, Michael. *The communitarian critique of liberalism*. *Political Theory*, v. 18, n. 1, pp. 6-23, fev.1990.

_____. Da Tolerância. Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução de Cícero Romão Dias de Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 9 ed. Madrid: Trotta, 2009.